Federico Fuenmayor Frank Mila

DERECHO PENAL JURISPRUDENCIAL

Parte General

Estudio compilatorio de criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia

Federico Fuenmayor Frank Mila

DERECHO PENAL JURISPRUDENCIAL

Parte General

Estudio compilatorio de criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia

Tomo I
Generalidades

Caracas-Venezuela
2014

PRELIMINARES

ÍNDICE

3.7.3.- El principio ne bis in idem y la sanción por temeridad en el ejercicio de la acción de amparo constitucional.

3.7.4.- El principio ne bis in idem y la reincidencia.

4.- Norma Jurídica Penal y Fuentes del Derecho Penal.

4.1.- Fuentes del Derecho Penal. Jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela y ley penal. Recomendaciones del Informe Anual de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (No tiene carácter vinculante).

4.2.- Ley y norma penal.

4.3.- Enunciado y proposición normativa.

4.4.- Estructura de la norma penal. Norma primaria y norma secundaria.

4.5.- Norma de valoración y norma de determinación.

5.- Interpretación e integración de la ley penal.

5.1.- La interpretación de las normas penales.

5.2.- Interpretación conforme a la constitución.

5.3.- Interpretación Restrictiva.

5.4.- Normas penales en blanco.

5.5.- Integración de la ley penal (no para crear ni modificar tipos penales ni penas).

6.-Validez Personal, Temporal y Espacial de la Ley Penal.

6.1.- Validez Personal de la Ley Penal.

6.1.1.- Principio de Igualdad.

6.1.1.1.- Antejuicio de mérito. Naturaleza jurídica y objeto del antejuicio de mérito.

6.1.1.2.- Los rectores del Consejo Nacional Electoral gozan del privilegio del antejuicio de mérito.

6.1.2.- Inmunidad Parlamentaria.

6.1.2.1.- Naturaleza y alcance.

6.1.2.2.- Inmunidad Parlamentaria de los Diputados Suplentes.

6.1.2.3.- Inmunidad Parlamentaria de los Diputados de los Consejos Legislativos.

I

JURISPRUDENCIA Y COMPRENSIÓN INTEGRAL DEL SISTEMA PENAL Y DEL DERECHO PENAL

II

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

1.- DERECHO PENAL Y CONDICIÓN HUMANA

1.1.- Sociedad, Estado, bienestar, libertad y otros bienes jurídicos colectivos e individuales, intereses, poder, conflicto, política, control social, coerción, sistema penal, potestad penal, monopolio estatal, penas, límites, valores, derechos, garantías e intentos de superación de la violencia privada y pública para evitar o resolver conflictos.

1.1.1.- Conflicto de intereses y garantías.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 3167, Fecha: 09/12/2002

"…En todo proceso penal se presenta un conflicto de intereses, entre el interés del Estado en la persecución penal, esto es, en el esclarecimiento y sanción de los hechos delictivos, y el interés del imputado en que se respeten sus garantías penales…".

1.1.2.- Libertad y su restricción.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional *(Sentencia Vinculante)*
Nº 1381, Fecha: 30/10/2009

"…en cuanto a la denuncia según la cual *no era procedente la privación preventiva de libertad, en virtud de que no se realizó imputación "formal" del hoy quejoso previamente a la solicitud de dicha medida por parte del Ministerio Público*, esta Sala advierte, contrariamente a lo sostenido por el accionante, que tal como se encuentra configurado actualmente el régimen legal de la medida de privación judicial preventiva de libertad (Capítulo III, Título VIII del Libro Primero del Código Orgánico Procesal Penal), **el Ministerio Público puede solicitar al Juez de Control una medida de esa naturaleza contra la persona señalada como autora o partícipe del hecho punible, sin haberle comunicado previa y formalmente el hecho por el cual se le investiga, es decir, sin haberla imputado, toda vez que tal formalidad (la comunicación al imputado del hecho por el que se le investiga), así como también las demás que prevé el artículo 131 del**

Código Orgánico Procesal Penal, deberán ser satisfechas, necesariamente, en la audiencia de presentación regulada en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, la cual deberá realizarse dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la práctica de la aprehensión, ello a los fines de brindar cabal protección a los derechos y garantías previstos en el artículo 49 de la Constitución y 125 de la ley adjetiva penal.

Es el caso que en esa audiencia, el Juez de Control resolverá, en presencia de las partes y las víctimas -si las hubiere-, mantener la medida de privación de libertad, o sustituirla por una medida menos gravosa, siendo que en el presente asunto, el Juzgado Séptimo de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Trujillo, en la audiencia del 17 de octubre de 2007, una vez oída la declaración del imputado (el cual estuvo en ese acto asistido de su defensor), y cumplidos los requisitos del artículo 131 del Código Orgánico Procesal Penal por parte del Fiscal del Ministerio Público, entre los cuales debe resaltarse la comunicación al ciudadano Jairo Alberto Ojeda Briceño del hecho por el cual se le investigaba (imputación), decidió mantener la privación preventiva de libertad de dicho ciudadano, al considerar cumplidos los extremos de procedencia de esa medida de coerción personal, por lo que en ese acto, el hoy accionante ejerció cabalmente los derechos y garantías que le confieren los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal.

Aunado a lo anterior, este argumento esgrimido por el hoy quejoso resulta a todas luces contradictorio con los *fines* de las medidas de coerción personal y, concretamente, de la medida de privación judicial preventiva de libertad. En tal sentido, si bien **toda privación preventiva de libertad denota la existencia de una tensión entre *el derecho a la libertad personal* y la *necesidad irrenunciable de una persecución penal efectiva* (sentencia n. 2.046/2007, del 5 de noviembre)**, no es menos cierto que dicha medida debe atender a la consecución de unos **fines constitucionalmente legítimos y congruentes con su naturaleza, los cuales se concretan en la conjuración de los siguientes riesgos relevantes: *a) la sustracción del encartado a la acción de la justicia; b) la obstrucción de la justicia penal; y c) la reiteración delictiva.* En pocas palabras, es una medida que esencialmente se justifica por la ne-**

cesidad de asegurar el proceso, específicamente, garantizar sus resultados y la estabilidad en su tramitación (sentencias números 2.046/2007, del 5 de noviembre; y 492/2008, del 1 de abril).

Al respecto, en la jurisprudencia comparada se ha establecido lo siguiente:

"La penalización pronta y adecuada de los delitos más graves no sería posible en muchos casos, si las autoridades encargadas de la persecución penal les estuviere prohibido, sin excepción, detener y mantener en prisión a los presuntos autores hasta que se dicte la sentencia. Otra cosa es que la plena restricción de la libertad personal, mediante la confinación a un establecimiento carcelario, sea una sanción, que el Estado de Derecho, en principio, permite imponer sólo a quien ha sido juzgado por una actuación sancionada penalmente. Este tipo de medidas, en contra de una persona acusada de haber cometido un delito, son admisibles sólo en casos excepcionalmente limitados. De esto se origina que respecto de la presunción fundamental de inocencia, se excluyan las acusaciones graves en contra del inculpado, permitiendo la imposición anticipada de medidas que por sus efectos se equiparan a la pena privativa de libertad". (*Crf.* CINCUENTA AÑOS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. Compilación de sentencias por Jürgen Schwabe. *Konrad Adenauer Stiftung* – Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2003, p. 94).

Pero también debe advertir esta Sala, que el interés en que las finalidades del proceso penal sean cumplidas, encuentra un límite tajante en el derecho del procesado a presumirse inocente hasta tanto exista la plena certeza procesal de su culpabilidad. En el proceso penal, esta garantía se hace extrema ante la desproporcionalidad de la fuerza del aparato estatal frente al individuo, la funesta posibilidad de fallo injusto que pueda implicar equívocos y, sobretodo, el reconocimiento de encontrar en la acción delictiva una eventualidad que, de suyo, no se reconoce como normal y deseable en una sociedad civilizada regida por la justicia. Sin embargo, la protección de los derechos del imputado a la libertad y a ser tratado como inocente mientras no se establezca de manera plena su culpabilidad, tampoco puede

significar *el absoluto abandono de los mecanismos cautelares destinados a garantizar los objetivos del proceso, esto es, su normal desarrollo y la seguridad del cumplimiento de sus resultas* (sentencias números 2.426/2001, del 27 de noviembre; 1.998/2006, de 22 de noviembre; y 2.046/2007, del 5 de noviembre), y ese abandono se produciría, indefectiblemente, de ser aceptada la postura sostenida por la parte actora.

Por otra parte, tampoco se ha constatado la vulneración del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, denunciada por el accionante.

Al respecto, esta Sala debe reiterar que la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República de Venezuela, pero también un derecho fundamental que funge como presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. De esto se deriva que tal derecho, el cual se encuentra estrechamente vinculado a la dignidad humana, ostenta un papel medular en el edificio constitucional venezolano, siendo que el mismo corresponde por igual a venezolanos (as) y extranjeros (sentencia n. 1.744/2007, de 9 de agosto, de esta Sala).

Ahora bien, una de las derivaciones más relevantes de la libertad, es el derecho a la libertad personal -o libertad ambulatoria- contenido en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual ha sido consagrado y desarrollado como un derecho humano y fundamental inherente a la persona humana.

Siguiendo esta línea de criterio, un sector de la doctrina patria sostiene:

"Ciertamente, uno de los derechos que aparte de la vida goza de un lugar privilegiado en el fuero constitucional, es la libertad personal y que también se vincula con otros derechos como la libertad de tránsito, de pensamiento, expresión y tantos más que adquieren relevancia para el desarrollo humano. Particularmente, este es un derecho subjetivo que interesa al orden público (favorable a los derechos humanos, según expresión de Nikken) y normalmente, es re-

gistrado como un valor fundamental para el enaltecimiento de la dignidad del ciudadano que ajusta su desenvolvimiento en sociedad. En especial, todas las declaraciones que se refieren al tema de los derechos humanos recogen a este principalísimo fundamento, reflejo inmediato del Estado de Derecho, democrático y con determinación social” (*Cfr.* BORREGO, Carmelo. *La Constitución y el Proceso Penal.* Editorial Livrosca. Caracas, 2002, p. 90).

No obstante lo anterior, cabe destacar que si bien el derecho fundamental a la libertad personal es la regla general, es el caso que el propio texto constitucional permite que el mismo pueda verse limitado en ciertos supuestos excepcionales, como lo son los establecidos taxativamente en el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicha norma establece:

“Artículo 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso (…)” (Subrayado del presente fallo).

En sintonía con la citada norma constitucional, el legislador patrio ha consagrado el principio de afirmación de libertad en el texto del artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal, según el cual:

“Artículo 9º. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución”.

Del texto de las citadas disposiciones normativas, se pueden distinguir varios aspectos, todos relevantes en cuanto al referido derecho a la libertad:

1.- La libertad es la regla. Incluso las personas que sean juzgadas por la comisión de delitos o faltas deben, en principio, serlo en libertad.
2.- Sólo se permiten arrestos o detenciones si existe orden judicial, salvo que sea la persona sorprendida en flagrancia.
3.- En caso de flagrancia, sí se permite detención sin orden judicial, pero sólo temporal, para que en un plazo breve (48 horas) se conduzca a la persona ante la autoridad judicial.

Igualmente, debe afirmarse que el artículo 44.1 del Texto Constitucional dispone una obligación en salvaguarda del derecho: la de intervención de los jueces para privar de libertad a una persona. De hecho, la garantía del *juez natural* presupone la existencia de un *juez*. El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante fundamental de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas (sentencia n° 130/2006, de 1 de febrero).

En tal sentido, la orden judicial constituye una garantía inherente e ineludible para la restricción del mencionado derecho fundamental. La manifestación más importante de tal excepción dentro del proceso penal, se ve materializada fundamentalmente en el instituto de las medidas de coerción personal, y específicamente, por la privación judicial preventiva de libertad regulada en el artículo 250 de la ley adjetiva penal.

En el caso de autos, la restricción de la libertad personal del ciudadano Jairo Alberto Ojeda Briceño, se adecuó a uno de los supuestos autorizados por el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que la misma fue ordenada por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Trujillo, mediante decisiones del 3 y 17 de octubre de 2007, de conformidad con el artículo 250 del Código Orgánico Procesal

Penal. Por ende, en este aspecto, dicha restricción resulta legítima al haber intervenido en su materialización un órgano jurisdiccional. Así también se declara.

Por los motivos antes expuestos, esta Sala considera que aquí tampoco le asiste la razón al accionante y, por tanto, la Corte de Apelaciones también actuó ajustada a derecho en cuanto a este segundo aspecto, razón por la cual se desecha este argumento de la parte actora.

Visto lo anterior, esta Sala considera, y así se establece con carácter vinculante, que la atribución de uno o varios hechos punibles por el Ministerio Público en la audiencia de presentación prevista en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, constituye un acto de imputación que surte, de forma plena, todos los efectos constitucionales y legales correspondientes, todo ello con base en una sana interpretación del artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; igualmente el Ministerio Público puede solicitar una orden de aprehensión contra una persona, sin que previamente ésta haya sido imputada por dicho órgano de persecución penal…".

1.1.3.- Ordenamiento jurídico, coerción, justificación y jurisdicción.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1184, Fecha: 22/09/2009

"… 1.1. Sobre el carácter coercitivo del ordenamiento jurídico y la tutela de la correcta marcha de la Administración de Justicia

Como se sabe, **la coerción constituye una de las principales características del ordenamiento jurídico, expresada en las normas jurídicas, especialmente cuando sus supuestos normativos no se cumplen voluntariamente.**

Ya Kelsen afirmaba que "*…la categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho… En una regla de Derecho la consecuencia*

imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes… Este acto coactivo se llama sanción… Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios a derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos. Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica…" (Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho.* Segunda edición, Buenos Aires, EUDEBA, 1960, p. 70 y 71).

En el ámbito del Derecho esa dimensión coercitiva se despliega a través de actos con tal carácter, entre los cuales destacan, el de crear las normas sancionadoras y el de imponer las sanciones en ellas contenidas.

Al respecto, el elemento característico esencial de esas normas es la consecuencia de su trasgresión, a saber, la sanción, la cual se traduce, desde cierta perspectiva, en la privación de bienes jurídicos del infractor.

En tal sentido, a decir de Bobbio, "*…la acción que se cumple sobre la conducta no conforme para anularla o, por lo menos, para eliminar sus consecuencias dañosas es, precisamente, lo que se denomina sanción. La Sanción puede ser definida, desde este punto de vista, como el medio a través del cual se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes de la erosión de las acciones contrarias...*" (Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid, Debate, 1999, p. 119).

Por su parte, desde cierto enfoque, el propósito de la sanción estriba en procurar el vigor de la norma infringida, salvaguardar el orden jurídico, contribuir con el control social de la conducta cuya realización está asociada a la sanción (al tratar de evitar con ella y su efectiva aplicación que se desplieguen tales comportamientos, no sólo por parte de las personas en general, sino también por parte del sancionado), en proteger el correcto desenvolvimiento de los individuos en la sociedad y en tutelar la ajustada marcha de esta última, teniendo siempre en cuenta que, en tanto creación del Estado, las normas deben corresponderse con los fines esenciales de este último que, conforme a lo dis-

puesto por el postulado cardinal previsto en el artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, son la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

En este orden de ideas, respecto de las particularidades de buena parte de las normas jurídicas, Capella ha señalado que, salvo las normas-origen de carácter permisivo, o normas-origen de la autoridad reconociendo derechos a los oyentes, un segundo rasgo caracteriza a las normas jurídicas como tales: su contravención es una actuación factual que satisface la descripción de las condiciones de aplicación de otra norma jurídica que prescribe una sanción en tal supuesto. Dicho de otro modo, las normas jurídicas se hallan recursivamente en relación de conexión con normas sancionadoras, con la excepción mencionada, en el juego jurídico que se está analizando aquí (Capella, Juan Ramón.*Elementos de análisis jurídico*. Madrid, Trotta, 2004, p. 80).

Precisamente dentro de ese "*juego jurídico*" se encuentran las normas sancionadoras establecidas en los artículos 42, 48, 170 y 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que, por una parte, las mismas contienen mensajes dirigidos a los sujetos pasibles de ellas para que no desplieguen las conductas descritas, y, por otra, mensajes dirigidos a los jueces para que, en caso de que aquellos ejecuten tales comportamientos prohibidos, impongan las sanciones correspondientes; lo cual refleja la estructura lógica de la norma jurídica: Dado el supuesto de hecho "A" corresponde la consecuencia jurídica "B", dado el supuesto de hecho "B" corresponde la consecuencia "C" (sanción).

Sin embargo, como se sabe, la coerción por sí sola no caracteriza suficientemente una parte fundamental del orden jurídico, pues para distinguirlo y, por ende, para distinguir la intervención y sanción jurídica, se requiere la concurrencia de otros elementos, entre los que resalta su carácter normativo, general, externo e institucionalizado.

Desde una perspectiva preliminar, *grosso modo*, en el ámbito nacional, el derecho implica un orden normativo aplicable, en principio, de forma general a todos los individuos que se encuentren dentro de los límites territoriales de un país o, en fin, dentro de los límites de su jurisdicción, y en el contexto internacional, un sistema normativo aplicable de forma general en todos o algunos países.

Así, según Hart, en una forma primaria, aunque no exclusiva, el control jurídico es un control mediante directrices que en este doble sentido son generales... En un estado moderno se entiende usualmente que a falta de indicaciones especiales que amplíen o reduzcan la clase, sus normas jurídicas generales se aplican a todas las personas que se encuentren dentro de los límites territoriales (Hart, Herbert. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 27).

De lo anterior se deriva el carácter general del ordenamiento jurídico que, en el ámbito venezolano, abriga a las normas *sub examine*, las cuales ostentan un innegable carácter general.

Aunado a ello, ese ordenamiento jurídico, a diferencia del orden moral o social en general, es institucionalizado y externo, pues su existencia es reconocida y/o creada y mantenida por una comunidad políticamente organizada a través de las instituciones y órganos creados a tales efectos, es decir, a través de la autoridad, la cual garantiza la existencia de ese orden que está dirigido a regular conductas externas, recurriendo, incluso, a la fuerza o a la violencia –legitima, al menos en principio-, potestad que se puede evidenciar en las sanciones que se imponen como respuestas a las infracciones de aquel ordenamiento (lo que a su vez evidencia la estructura lógica de la norma jurídica precitada)...”

1.1.4.- Intervención penal, sustancia, proceso, control social formal, culpabilidad, pena, consecuencia más gravosa y garantismo.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 3027, Fecha: 14/10/2005

"…el Derecho penal constituye uno de los **medios de control social más formalizados, no sólo en su aspecto material o sustantivo, sino también en su aspecto procesal o adjetivo, lo cual se advierte no sólo por la existencia del monopolio estatal de la potestad punitiva, sino también, por el elevado nivel de garantismo que la rodea**. De allí que, en tanto esta parcela del Derecho contiene y prohíbe las conductas más lesivas en el ámbito social, y asocia a estas las consecuencias jurídicas más gravosas de todo el ordenamiento jurídico: Las penas, y, por ende, el grado de los intereses allí expuestos es sumamente alto, pues incluso podría llegar a afectarse legítimamente la libertad personal del declarado culpable de algún delito…"

1.1.5.- Estado de Derecho, protección a través del Derecho pero también protección del Derecho –penal-, límites al poder punitivo y falibilidad del ser humano y su creación.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1881, Fecha: 08/12/2011

"…Con respecto al principio de legalidad, ROXIN expresa que, ***"un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del 'Estado Leviatán'***. *(…) Frente a esto, el principio de legalidad, (…) sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva."* (ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial Civitas. Madrid, 1997, p. 137)

De tal forma que, no solo corresponde al Estado ejercer su función punitiva, sino que, además, debe velar porque ese ejercicio, no se torne arbitrario y desproporcional, y, es justamente, a través del principio de legalidad que el mismo Estado regulará su ejercicio, evitando calificar como punibles

conductas que no lo son e imponiendo sanciones que no son aplicables a la naturaleza de las acciones erróneamente consideradas como delictivas.”

1.1.6.- Pueblo, Constitución, República, soberanía, administración de justicia, autotutela e intervención punitiva cuasi-jurisdiccional.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 263, Fecha: 10/4/2014

“...el Texto Fundamental dispone en su artículo 253 que “*La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley*”, y que “*corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.*” (Resaltado de este fallo).

En este orden de ideas, resulta fundamental señalar que en el ordenamiento jurídico existen mecanismos expeditos y eficaces para garantizar que los jueces puedan ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, así como también para garantizar el cumplimiento de lo que se sentencie, lo cual pasa, inclusive, por revestir a la jurisdicción de la fuerza coercitiva necesaria para que ello pueda materializarse de manera efectiva, tal y como ocurre con las diversas normas sancionatorias aquí señaladas, incluyendo la prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Así, si no existieren normas que permitieren a los jueces y juezas ejecutar o hacer ejecutar sus decisiones, garantizar que se cumplan y, en fin, proteger el proceso judicial, difícilmente podrán administrar justicia, incluyendo materias tan sensibles como la protección jurisdiccional de la Constitución, en una de sus dimensiones más cardinales: el respeto a los derechos humanos individuales y, sobre todo, colectivos, que el Texto Fundamental patrio reconoce, inclusive, en un sentido abierto y progresivo (19, 22 y 23 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Parte de ello es la razón de ser de la otra norma sancionatoria que existe en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la cual dispone en su artículo 28 que "*cuando fuese negado el amparo, el Tribunal se pronunciará sobre la temeridad de la acción interpuesta y podrá imponer sanción hasta de diez (10) días de arresto al quejoso cuando aquella fuese manifiesta*".

Así como también, una dimensión del análisis efectuado en el aparte precedente es el que sustenta la norma contentiva del otro ilícito previsto en esa ley, concretamente en su artículo 31, el cual, si bien no hace referencia expresa "al tribunal" como ente sancionador, lo que pudo estimarse innecesario por parte del legislador, no menos cierto es que ello no es determinante para privar al juzgador de amparo, cuya decisión ha sido desacatada (*conducta mucho más gravosa que la prevista en el artículo 28 eiusdem, en virtud de la posible vulneración de derechos constitucionales y la obstaculización a la labor de arbitrar –lato sensu-, en definitiva, los conflictos o resolver las situaciones jurídicas en general*), de aplicar tal sanción en protección no sólo de los derechos que persigue tutelar mediante la misma y el proceso que la contiene, sino también de la labor del juez y del sistema de administración de justicia, pues si no hubiere una reivindicación inmediata de la decisión adoptada, la jurisdicción perdería la fuerza suficiente para cumplir las atribuciones que le asigna la Constitución y el resto del orden jurídico, dejando pasos a otras formas de control de los conflictos e interacciones sociales, que no sólo pudieran contrariar la parte orgánica de la Constitución, sino y sobre todo, su dimensión dogmática: valores, principios, derechos y garantías."

1.1.7.- Derechos fundamentales, legislador penal, discrecionalidad, política criminal y ponderación.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1567, Fecha: 04/12/2012

"...si bien en la República Bolivariana de Venezuela se asume que el ejercicio del *ius punendi* -y particularmente en el desarrollo de la actividad legislativa-, debe asegurar las garantías propias del Estado de Derecho, como las vinculadas a los principios de legalidad, irretroactividad de la ley, debido proceso

y derecho a la defensa entre otros derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, también se sostiene con igual grado de protección e incidencia, que el legislador penal -y los órganos vinculados con su implementación- debe alcanzar una protección suficiente a los derechos fundamentales y demás bienes constitucionales.

Por ello, es que se afirma acertadamente, que la tipificación del delito y la fijación de la pena es parte de la política o discrecionalidad legislativa, en tanto que a través del procedimiento de formación de leyes, en los cuales según se desprenda de las necesidades de la sociedad, puede identificarse un quehacer histórico en el cual se asumen o descartan distintas concepciones punitivas, que en el marco de la Constitución permitan el desarrollo de diversas tendencias de la política criminal.

Correlativo a los anteriores asertos, es la aceptación de que la facultad de establecer regulaciones punitivas, tales como las causas de exclusión de la responsabilidad penal o respecto a si una pena es suficiente en relación al delito para el cual se contempla, comportan un juicio de valor que normalmente sólo en los casos de manifiesta desproporción o de notoria irracionabilidad (tales como la prohibición de pena de muerte o de cadena perpetua), no escapa al ámbito de competencia de los jueces, por lo que en principio el legislador puede establecer o eliminar figuras delictivas, graduar las penas aplicables, determinar el género o la extensión de éstas, bajo criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas, todo de conformidad con la valoración, examen y ponderación que se efectúe en torno de los fenómenos sociales y del grado de daño que ciertos comportamiento puedan a causar o llegar a causar en la sociedad…”.

1.1.8.- Derecho humanos, condición humana, imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de las violaciones graves de los derechos humanos y de los crímenes de guerra.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 645, Fecha: 21/05/2012

"…esta Sala reitera que la posición jurisprudencial antes señalada está en plena congruencia con su criterio contenido en el fallo N° 626/2007 del 13 de abril, caso*: "Marco Javier Hurtado, Héctor José Rovain, José Arube Pérez Salazar, Julio Ramón Rodríguez Salazar, Rafael Neazoa López, Ramón Humberto Zapata Alfonzo, Erasmo José Bolívar y Luis Enrique Molina Cerrada"*, en la cual se estableció, a partir de los hechos ocurridos en el caso conocido como *"Puente Llaguno"*, y los delitos contra los derechos humanos, lo siguiente:

"[…] ***los derechos humanos son la concreción del respeto a la condición humana, que exigen del Estado unas condiciones indispensables para elevar a su máxima expresión la dignidad humana; esto explica por qué todos los sistemas de protección de dichos derechos erigen como responsable de las posibles violaciones a los gobiernos. De allí se deriva que sean las personas provistas de autoridad las que, en principio, pueden incurrir en violación de los Derechos Humanos, pues es la investidura de funcionario, su potestad, el hilo conector entre la acción del agente y la responsabilidad del Estado; sin embargo, tal afirmación está sometida a excepciones producto de actos atentatorios de la dignidad humana cometidos por personas desprovistas de autoridad pero que sí, de algún modo, cuentan con un respaldo o con la simple tolerancia del Estado****. En estos casos, bajo parámetros similares, opera frente a aquellas personas que no son funcionarios pero que actúan bajo el incentivo, aquiescencia, tolerancia o aceptación del gobierno, las reglas que el ordenamiento jurídico nacional ha estipulado para tutelar a los derechos humanos e incluso las reglas del sistema internacional de protección de los derechos humanos, pues, en ambos la esencia es la misma: por acción u omisión existe un desvío de la potestad pública, una tergiversación del cometido estatal que, se supone, está al servicio del ser humano.*

Lo expuesto es imprescindible tenerlo claro, pues en el constitucionalismo social existe la tendencia de hacer una inscripción expansiva de los derechos humanos en las Constituciones, que ha aparejado una creciente y, por ende, cada vez más real yuxtaposición entre los derechos fundamentales (derechos humanos positivizados) y los derechos humanos; nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es una muestra de ello. ***El***

Título III del Texto Fundamental, que recoge la Carta de Derechos, se intitula 'De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes', mientras que el precepto contenido en el artículo 22 -ubicado en ese título- extiende los derechos humanos más allá de los contenidos en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales cuando indica que '[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos'; empero, el ejemplo máximo de lo referido lo constituye lo dispuesto en el artículo 23, eiusdem, cuando indica que '[l]os tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público'.

Los preceptos citados ilustran que la línea divisoria entre derechos humanos y derechos constitucionales, antigua expresión de las tensiones y distensiones entre los distintos fundamentos filosóficos de los derechos humanos, está siendo cosa del pasado. Entre nosotros unos y otros parten del mismo fundamento al punto que se confunden, sólo que la trasgresión de los derechos humanos por personas desprovistas de autoridad (aunque en estos casos sí es más apropiado hablar de la trasgresión de derechos fundamentales o constitucionales), supondría un ilícito civil, penal o administrativo, etcétera, salvo que se trata de conductas auspiciadas, avaladas o toleradas por el Gobierno. ***De manera que, aunque el Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela califica a todos los derechos constitucionales como derechos humanos, no toda trasgresión a esos derechos, a los efectos de determinar la aplicabilidad del artículo 29 eiusdem, puede ser considerada como una trasgresión a los derechos humanos; sólo lo serán la trasgresión a esos mismos derechos cometidos por autoridades del Estado venezolano y con fundamento en su autoridad, o por personas que, aun sin ser necesariamente autoridades, actúan con el consentimiento o la aquiescencia del Estado, lo que excluye***

cualquier delito cometido por un funcionario sin hacer uso de su potestad de imperio, es decir, como un particular.

Otra de las normas contenidas en el precepto constitucional se refiere a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de las violaciones graves de los derechos humanos y de los crímenes de guerra. La siguiente norma está referida al establecimiento del juez natural: las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios, esto para evitar el riesgo de la impunidad en la jurisdicción militar, de lo cual la experiencia latinoamericana ha tristemente dado cuenta. Finalmente, la última de las normas, que es la que aquí nos ocupa, se refiere a la imposibilidad de otorgar cualquier beneficio procesal al incurso en alguno de los delitos mencionados en la norma anterior; según el artículo '[d]ichos delitos quedan excluidos de los beneficios que pueden conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía'. La estructura del artículo permite concluir que cuando la norma menciona 'Dichos delitos' está refiriéndose en un primer término a las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, y en un segundo término a las 'violaciones graves de los derechos humanos' y a los crímenes de guerra, como ya lo indicó la Sala en el fallo n° 1712/2001 de 12 de septiembre".

1.2.- Racionalidad, utilidad, necesidad, mínima intervención punitiva y resolución de conflictos.

1.2.1.- Subsidiariedad de la intervención penal y búsqueda de medios menos gravosos para el individuo y la colectividad.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional *(Sentencia Vinculante)*
Nº 1881, Fecha: 08/12/11

"…**Así pues, cuando de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público por la presunta comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 471-a y 472 del Código Penal, se devenga la existencia de conflictos que guarden**

relación con la actividad agroproductiva, el Fiscal a cargo de quien se encuentre la investigación deberá remitir las actuaciones al juez con competencia en materia agraria; pudiendo, de la misma manera, el juez penal que esté conociendo la causa en fase de control o de juicio, declinar la competencia en el juez agrario, cuando advierta que los hechos objetos del proceso no revisten carácter penal, por tratarse de disputas producto de la actividad agraria, previa declaratoria del sobreseimiento de la causa por no revestir los hechos carácter penal, conforme lo establece el artículo 318, cardinal segundo del Código Orgánico Procesal Penal, o, en su defecto, cuando se presenten dudas al respecto de la titularidad o posesión del inmueble objeto de los hechos, **se decretará la prejudicialidad de oficio, hasta tanto el juez con competencia en materia agraria defina tal circunstancia, con lo que se determinará la concurrencia o no de los elementos propios del tipo.**

En sentido contrario opera lo mismo, vale decir, si luego de iniciarse el procedimiento ordinario agrario, el juez a quien competa el conocimiento de la causa, determinare, que los hechos no se encuentran enmarcados dentro de alguno de los supuestos establecidos en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sino que los mismos pudieran configurar un ilícito penal, remitirá las actuaciones al Ministerio Público, para el inicio de la investigación a que hubiere lugar.

De manera que, en estos supuestos, debe el juez agrario, así como el Ministerio Público, verificar, cuidadosamente, si los hechos denunciados o demandados devienen de una actividad propia de la materia agraria, (verbigracia, el roza de los sembradíos o quema de los ramajes), siempre y cuando de dicha actividad no resulten afectados otro tipo de bienes, cuyo ámbito de protección escape del conocimiento de la jurisdicción especial agraria, pudiendo resultar constitutivos de algún hecho ilícito, casos en los cuales debe verificarse cautelosamente los elementos que componen los tipos penales comentados o algún otro distinto de aquéllos.

En consecuencia, bajo las consideraciones expuestas, **al verificarse que el artículo 471-a y el artículo 472, ambos del Código Penal, que contienen los tipos penales de invasión y**

de perturbación a la posesión pacífica, no hacen distinción en cuanto a los casos en los cuales las acciones que se presuman delictivas, versen sobre la disputa de bienes destinados a la actividad agraria o que pudieran presumirse de vocación agrícola, -en cuyo caso deben excluirse de los supuestos configurativos del tipo, pues en tal caso, los hechos objeto del proceso resultarían atípicos- **y en consecuencia, se desprenda la falta de competencia material (*ratione materiae*) del juez penal, por lo que se entienden normas contrarias al deber de tipificación suficiente y a la garantía del debido proceso, establecido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contentivo, a su vez, del principio de legalidad y del derecho a ser juzgado por los jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, -49.6 y 49.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, aunado a la necesidad de generar seguridad jurídica en la interpretación del ordenamiento jurídico, esta Sala Constitucional, en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desaplica por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, resultando aplicable el procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI del texto legal mencionado y competente para conocer en estos supuestos los juzgados de primera instancia agraria, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia...”**

1.2.2.- Sanción del impago de la multa, necesidad y proporcionalidad.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 379, Fecha: 07/03/2007

“…Al respecto, esta Sala en sentencia N° 389/2005, habiendo realizado un análisis objetivo sobre la proporcionalidad de un texto legal con la norma constitucional, llegó a la presente conclusión:

"*Dicha disposición pretende ciertamente que el ejercicio de la facultad atribuida por el artículo 112 eiusdem, se ajuste a los principios de* ***proporcionalidad y necesidad, como exigencia predicable de todas las medidas preventivas que puede adoptar la Administración, que obliga a que las mismas sean congruentes con los fines a lograr, de manera que éstas no devengan, de acuerdo a la elección del momento, en una decisión inoportuna por extemporánea, y según la forma de actuación, en una decisión desigual o discriminatoria, restrictiva de los derechos de los ciudadanos, o que imponga cargas más gravosas para cumplir con las exigencias del interés general*****".**

En razón de lo expuesto, se aprecia que mientras el legislador no establezca el mecanismo de coerción aplicable, esta Sala con la finalidad de integrar la referida desaplicatoria y no hacer nugatoria la facultad sancionatoria de la Administración, establece que en caso del no cumplimiento de la multa impuesta se aplicará el mecanismo de ejecución forzosa de los actos administrativos, establecido en el artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en virtud de la desproporción que genera la imposición de la sanción.

Asimismo, en caso de resultar infructuosa la satisfacción de la multa y las posteriores sanciones en caso de no haber cumplido con la primera de éstas, podrá la Administración ejecutar las mismas mediante el procedimiento de ejecución de créditos fiscales, establecido en el Código de Procedimiento Civil. Así se decide.

En otro orden de ideas, se constató de la revisión del procedimiento administrativo que el artículo 650 de la mencionada ley, establece un requisito de admisibilidad de los recursos administrativos contra la multa, ya que si bien, a raíz del presente fallo se establece con carácter vinculante la inconstitucionalidad del arresto sustutivo por la no cancelación de la multa, ello no obsta para que los agraviados puedan ejercer los recursos correspondientes por la cuantía de la multa o su procedencia por un funcionario superior..."

1.2.3.- Principio de igualdad.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1184, Fecha: 22/09/2009

"… Con relación al principio general de igualdad, Alexy ha señalado lo siguiente:

"…el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser deban ser iguales en todos los respectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. Cabe preguntarse si y cómo puede encontrarse una vía media entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: **"Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual"** que -en múltiples variaciones y complementaciones- constituye la columna vertebral de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el artículo 3 párrafo 1 LF.

…*omissis*…

Se llega a la vinculación concreta del legislador sólo si la fórmula 'Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" no es interpretada como exigencia dirigida a la forma lógica de las normas sino como exigencia a su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad formal sino material…'" (Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 386) *(Resaltado del presente fallo)…"*

1.2.4.- Sanción del impago de la multa e Igualdad.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 379, Fecha: 07/03/07

"…Así pues, debe destacarse que el medio utilizado realmente cumple con el objetivo de alcanzar la disciplina buscada, por cuanto ninguna persona se va a exponer a un arresto por el no

pago de una multa, siempre y cuando tenga los medios para cumplir con el pago de la misma.

Ante lo cual, surge la presente incógnita, ¿no es violatoria al derecho constitucional a la igualdad la imposición de una sanción de arresto por no disponer de los medios económicos suficientes para cumplir con la misma, y no establece la norma una discriminación injustificada?, a todas luces parece desproporcionada la *ratio* de la misma, aun cuando parece premiarse el establecimiento y consolidación de un capital económico en desmedro de los derechos personalísimos del ser humano.

Es que acaso la Administración sancionadora debe discriminar el derecho a la libertad personal para lograr sus cometidos desnaturalizando el núcleo de los derechos constitucionales, estas dudas no dejan de preocupar a la Sala de la actitud inerte no sólo de los funcionarios laborales sino de los judiciales de haber aplicado y tratar de seguir aplicando dicha sanción, sin el más mínimo valor de justicia que debe atender toda norma de derecho fundamentada en la justicia y fundamentando su actividad en un normativismo o un legalismo formal, vulnerando a su vez el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Aun más, cuando la libertad y la igualdad de las personas son elementos fundamentales de la justicia, entendiendo que "(…) *la teoría de la justicia es aceptable sólo si en ella es posible tener en cuenta en la medida adecuada los intereses y las necesidades, además de la tradición y la cultura, de los individuos implicados*". (Vid. Robert Alexy; "*Justicia como corrección*", DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 26, 2003, p. 161-171).

O es que el pago de una sanción, que por lo demás debe ser destacado su *quantum* en algunos casos, como en el supuesto de las multas impuestas a los patronos no generan una violación al derecho de propiedad de su capital ni ocasionan un menoscabo que ponga en riesgo la funcionalidad operativa de la empresa, es de tal urgencia que se necesita para mantener operativo el aparato estatal en contra de los derechos de los ciudadanos.

Distinto hubiera sido el supuesto, si la referida norma hubiese establecido la adopción de una serie de previsiones, tendentes a adecuar la pena de multa a la economía del condenado o a flexibilizar su ejecución.

En consecuencia, no cabe duda sin cuestionar el *quid* de la sanción, en cuanto a la necesidad del Estado de recubrirse de ciertas medidas coercitivas para el cumplimiento de sus fines, que el enteramiento de la misma ni siquiera se requiere para el funcionamiento directo de la instancia de supervisión laboral, como lo son las Inspectorías del Trabajo, ya que éstas deben ser pagaderas al Tesoro Nacional, conforme a lo establecido en el artículo 651 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Sin embargo, asimismo se aprecia que si bien la norma cumple con el objetivo logrado, del análisis de la misma se destaca que el fin perseguido puede alcanzarse con otros medios menos lesivos a la dignidad de tales funcionarios, ya que el *quantum* aplicado al caso concreto –arresto sustitutivo- no se corresponde con la finalidad perseguida, puesto que el mismo objeto puede ser resarcido mediante otros mecanismos coercitivos que tiene a su disposición el Estado como lo son los astreintes.

En conclusión, debería todo intérprete plantearse una deducción lógico-racional no abstracta de cualquier análisis jurídico, en el sentido de que pareciera que el legislador hizo privar el capital económico sobre los derechos del individuo, lo cual a todas luces conforme a los principios y valores constitucionales reseñados en el presente fallo, en aras del principio de supremacía constitucional, es desde todo punto de vista desproporcionado, irracional, injusto, arcaico con el desarrollo actual de nuestro derecho, discriminatorio y denigrante desde el punto de vista del ser humano.

En este orden de ideas, resulta necesario destacar que la justicia no debe perseguir la búsqueda de lo exactamente correcto, ya que ello constituye en muchas ocasiones una investigación utópica en los terrenos de la realidad, sino debe enfocarse su orientación en la indagación de la utilidad y mayor beneficio del derecho.

Así pues, en sentencia de esta Sala se destacó la primacía de los valores humanos sobre ciertas actuaciones y derechos legales, los cuales sin duda alguna en determinadas ocasiones deben ceder ante la expresa consagración de normas recalcitrantes y ajenas al valor moral que incisamente rige el derecho, ya que el valor esencial de éste no se limita a regular la conducta de unos seres inertes carentes de pensamientos, racionalidad y funcionalidad, sino todo lo contrario, ya que el mismo Texto Constitucional garantiza y establece ciertas obligaciones para el Estado de resguardar y satisfacer el cumplimiento de los mismos...”

1.3.- Jurisdicción, consecuencias, economía, justicia, equidad y futuro.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1567, Fecha: 04/12/2012

“…la Sala reitera que en su labor jurisdiccional no puede asumir una interpretación que comporte un desconocimiento de las consecuencias de adoptar un criterio restrictivo de las instituciones constitucionales, que limiten injustificadamente el desarrollo normativo y la actividad que se produce en ejecución de aquélla, especialmente en materia económica en la cual **la realidad que se pretende regular es esencialmente de naturaleza mutable, lo que en consecuencia exige una mayor amplitud en la concepción de los principios que ordenan el ordenamiento jurídico. Esto ha permitido afirmar a autores como POSTNER que “*el juez y, por ende los abogados no pueden olvidarse del futuro. La decisión legal será un precedente que influya sobre la decisión de casos futuros. Por lo tanto, el juez debe considerar el impacto probable de fallos alternativos sobre el comportamiento futuro de la gente que realiza actividades que pueden originar la clase de accidentes que está conociendo*** *(….). Por lo tanto, una vez que se expande el marco de referencia más allá de las partes inmediatas del caso, la justicia y equidad asumen significados más amplios de lo que es simplemente justo y equitativo entre este demandante y demandado. El problema se convierte en la determinación de lo que sea justo y equitativo para una clase de actividades, y no puede resolverse sensatamente sin tener en consideración el efecto futuro de las reglas alternativas*

sobre la frecuencia de los accidentes y el costo de las precauciones. Después de todo la perspectiva ex ante no es ajena al proceso legal" -Cfr. POSTNER, RICHARD A. *Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica*, México 2007, p. 59-.

1.4.- Dogmática y Ciencia Penal.

1.4.1.- Dogmática Penal.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Plena
N° 1234, Fecha: 30/05/2000

"La dogmática juridicopenal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al **señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación**. **Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución**. **Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o la impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que deberá ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite." (Resaltado de la Sala Plena Accidental)**. (ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene Futuro la Dogmática Juridicopenal?", Pág. 27, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1983).

1.4.2.- Ciencia del Derecho Penal.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
N° 727, Fecha: 19//12/2005

Cierto es que la dinámica que presenta la realidad social, hace necesaria la creación de nuevos tipos penales, adaptados a las conductas que representan nuevas modalidades de ataques a los intereses de la sociedad, o simplemente surge la necesidad de reprimir con mayor vigor conductas ya previstas en la ley, que es lo que conocemos como razones de política criminal.

Sin embargo, la justa preocupación por crear medios legales para procurar refrenar la delincuencia, se extiende a establecer tipos legales contenidos ya en normas preexistentes, así como aplicar figuras que la ***ciencia del Derecho Penal*** *y la doctrina utilizan para la interpretación de los principios generales del Derecho, pero en sentido totalmente opuesto a su significado esencial.*

Y es cierto que es necesario el ajuste de algunas normas y su efectiva aplicación, pero esa adaptación de la ley debe hacerse tomando muy en cuenta el contenido de las normas preexistentes, las figuras jurídicas desarrolladas por la doctrina y los principios generales del Derecho, esto con el fin de evitar la proliferación de normas que contienen idénticos supuestos de hecho y que colocan al colectivo y a los llamados a aplicar justicia en inconsistente situación jurídica, ya sea por repetición, por imprecisión y hasta por contradicción.

1.5.- Dignidad de la persona humana.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 3268/03

"En lo referente al respeto a la dignidad de la persona humana, éste es uno de los valores sobre los cuales se fundamenta el Estado Social de Derecho y de Justicia en torno a la cual debe girar todo el ordenamiento jurídico de un Estado y, por ende, todas las actuaciones del poder público.

La dignidad humana consiste en la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, lo que le impone a las autoridades públicas el deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la libertad y la autonomía de los hombres por el mero hecho de existir, independientemente de cualquier consideración de naturaleza o de alcance positivo.

Por lo tanto, la mera existencia del hombre le atribuye a éste el derecho a exigir y a obtener la vigencia de todas las garantías necesarias para asegurar su vida digna, es decir, su existencia adecuada, proporcional y racional al reconocimiento de su esencia como un ser racional. Al mismo tiempo que le impone al Estado el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, es decir, la vida, la integridad, la libertad, la autonomía, etc.

Con este propósito, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 3, establece que el reconocimiento de la dignidad humana constituye un principio estructural del Estado Social de Derecho y por eso prohíbe, en su Título III, Capítulo III, las desapariciones forzadas, los tratos degradantes, inhumanos, las torturas o los tratos crueles que vulneren la vida como un derecho inviolable, la penas degradantes y los demás derechos inherentes a la persona humana (artículos 43 y ss. eiusdem).”

2.- DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN

2.1.- Discursos sobre la función de la Intervención Penal

2.1.1.- Función del Derecho Penal

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
N° 915, Fecha: 20/05/2005
Función del Derecho Penal

Por otra parte, debe señalarse que las teorías de la pena no son categorías ahistóricas, al contrario, constituyen concepciones que han informado a lo largo de la historia a los distintos modelos de Estado, a los efectos de delinear el cometido o la ***función que debe cumplir en ellos el Derecho Penal****. De lo anterior se desprende que el fin de las penas y la función del Derecho Penal se encuentran en íntima relación, ya que la función de éste dependerá de cuál es el fin político-criminal que se le asigne a la pena, dependiendo esto último a su vez del modelo de Estado que se adopte.*

2.1.2.- Justificación moral de la pena.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 379 Fecha: 07/03/2009

"…Así pues, siguiendo lo expuesto por NINO, debe destacarse que la **justificación moral de la pena es una condición necesaria de la justificación moral del derecho, en virtud que la pena y la sanción son elementos esenciales del derecho, debiendo a su vez, ser ésta última, directamente proporcional con el efecto intimidador o represor que quiere asegurar el Estado** (Cfr. NINO, C.S.; "*Introducción al análisis del Derecho*", Edit. Astrea, 2005, pp. 428)…" 379-070307

2.1.3.- Concepto de pena.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 812, Fecha: 11/05/2005

La pena es la sanción penal que se aplica a una persona cuando procesalmente se ha demostrado que realizó una conducta típica, antijurídica y culpable. Consiste en la privación o restricción de ciertos derechos del transgresor, libertad o bienes, por ejemplo; debe estar establecida en la ley –principio de legalidad de la pena- y ser impuesta dentro de los límites fijados por la misma.

La regla general es la que la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad, al daño causado, a la gravedad del acto y a las circunstancias del hecho y del autor.

Su esencia íntima es la retribución, aflicción o coacción, y su fin es el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, a través de la retribución; la prevención general que se obtendrá mediante la intimidación o la amenaza legal, y la prevención especial que se lograría a través de la advertencia, resocialización o innocuización del delincuente.

En el nuevo sistema procesal penal, la ejecución de las penas tiene una doble naturaleza: jurisdiccional y adminis-

trativa, pues se procura concretar mayores garantías al sentenciado, quien puede impugnar por vía judicial las decisiones que tengan que ver con la ejecución de su sentencia, pero quedando bajo la custodia del Ejecutivo Nacional todo lo relativo al cumplimiento de la misma -en caso de sentencias condenatorias con penas corporales-.

Este cambio de concepción -anteriormente prevalecía el carácter administrativo- obedece a la finalidad de unificar el régimen de ejecución de sentencias penales, a través de la creación de un órgano judicial –Juzgado de Ejecución- al cual le corresponde la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme -artículo 479 del Código Orgánico Procesal Penal-.

Sin duda que, una de las funciones más relevantes del Juez de Ejecución Penal, es el control del respeto a los derechos del condenado, quien nadie duda tiene derechos: los fundamentales, inherentes a toda persona humana, reconocidos en Convenios y Pactos Internacionales, consagrados en la Constitución a favor de todas las personas y que no se pierden por efectos de la condena penal; así como los específicos, que se derivan de la sentencia condenatoria, en cuanto a la particular relación que se establece entre el sancionado y el Estado que lo condenó.

La figura del Juez de Ejecución penal está vinculada a la protección de los derechos humanos, en los cuales se basa igualmente el derecho de ejecución penal. Su intervención es una consecuencia del principio de la humanización de la pena –uno de los postulados de la moderna política criminal que pone especial énfasis en la protección de los derechos del condenado-.

Ahora bien, el condenado no está fuera del derecho, se halla en una relación de derecho público con el Estado, en la cual continuará siendo titular de todos los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean afectados por el contenido del fallo condenatorio.

De allí, que sus derechos continuarán siendo "**uti cives**", es decir, los inherentes al status de persona –excepto los expresa o necesariamente vedados por la ley o por la sentencia-. En esa

categoría se incluyen, el derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad humana, al honor, a la intimidad, a la libertad de conciencia y religión, salud, trabajo, etc. Y los derechos específicamente penitenciarios, es decir, aquellos propios de su condición de penado, tales como: a) que su vida se desarrolle en condiciones mínimas, lo que incluye instalaciones adecuadas e higiénicas y una dieta alimenticia suficiente y balanceada; b) tener asistencia a su salud física y mental, asistencia jurídica, educativa y religiosa, y c) a la progresividad, esto es, a solicitar los avances de libertad anticipada o fórmulas alternativas de cumplimiento de pena.

En sintonía con los postulados de la referida moderna política criminal, la Constitución de 1999 en su artículo 272, consagró la garantía de un sistema penitenciario que le asegure al penado su rehabilitación y el respeto a sus derechos humanos, y *"(...) Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estadales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias".*

A la par, *"(...) las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico".*

Como se aprecia, el señalado artículo 272 constitucional consagra derechos específicamente penitenciarios, que se corresponden con las obligaciones del Estado vinculados al régimen penitenciario y a las estrategias del llamado *"tratamiento resocializador"*. Igualmente, establece el carácter predominante de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena a las medidas de naturaleza reclusoria. En razón de lo cual, dichos derechos no tienen el carácter de derechos fundamentales, ya que están condicionados en su ejercicio por la *"relación especial de*

sujeción” que resulta del internamiento en un establecimiento penitenciario.

En tal sentido, la referida garantía constitucional lo que contiene es un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria. De dicho mandato sí se derivan determinados derechos; sin embargo, tales derechos no tienen el carácter de derechos subjetivos para el condenado, por el contrario, son derechos de configuración legal. Lo que el señalado artículo 272 dispone es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, mas no que éstas sean la única finalidad legítima de ésta.

Por otra parte, respecto del derecho contenido en el artículo 75 de la Constitución –también invocado para fundamentar la desaplicación de la norma- acota la Sala que el mismo, como expresión de uno de los derechos sociales y de las familias, responde a la obligación del Estado de proteger a la familia, en tanto que la misma constituye la célula fundamental de la sociedad. Por ende, para nada colide con dicho derecho, la norma legal desaplicada, ya que el hecho de que el condenado a pena de confinamiento deba residir en un Municipio que diste no menos de cien kilómetros tanto de aquel donde se cometió el delito como de aquellos donde estuvieren domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia, no hace imposible su rehabilitación y reinserción social.

Por último, quiere acotar la Sala, que la norma jurídica -desaplicada parcialmente- impone obligaciones al condenado, por lo cual la inobservancia de la misma le acarrea, a su vez, sanciones y responsabilidades. En efecto, el incumplimiento por el penado del artículo 20 del Código Penal, no sólo conlleva que éste se convierta en reo del delito de quebrantamiento de condena, sino que además pierde la posibilidad del otorgamiento de cualquier beneficio penitenciario.

En consecuencia, juzga la Sala no ajustado a derecho, el fundamento esgrimido por el Juez Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, para desaplicar parcialmente el artículo 20 del Código

Penal, respecto a la obligación del condenado a la pena de confinamiento *"de residir, durante el tiempo que dure la condena, en el Municipio que indique la sentencia firme que la aplique, no pudiendo designarse al efecto ninguno que diste menos de cien kilómetros tanto de aquel donde se cometió el delito como de aquellos que estuvieren domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia",* con base en su evidente contradicción con los artículos 75 y 272 constitucionales.

Es por ello, que esta Sala Constitucional debe anular la decisión dictada el 7 de octubre de 2004, en lo que se refiere a la desaplicación parcial del artículo 20 del Código Penal, relativo a la obligación del condenado a la pena de confinamiento *"de residir, durante el tiempo que dure la condena, en el Municipio que indique la sentencia firme que la aplique, no pudiendo designarse al efecto ninguno que diste menos de cien kilómetros tanto de aquel donde se cometió el delito como de aquellos que estuvieren domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia".* En consecuencia, se ordena al referido Juzgado de Ejecución designe para el cumplimiento de la pena de confinamiento impuesta al ciudadano José Damián Escalante Escalante, un Municipio o localidad que cumpla con las exigencias del señalado artículo 20, y así se declara.

2.1.4.- Fines de la pena

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 915, Fecha: 20/05/2005

Con base en el anterior criterio jurisprudencial, y a los efectos del análisis y finalidad de esta pena accesoria, esta Sala considera pertinente realizar previamente unas breves consideraciones respecto a los fines de la pena, especialmente en el marco del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Con relación a los fines de la pena, la doctrina ha elaborado varias teorías, que fundamentalmente se resumen en la teoría de la RETRIBUCIÓN, y en las teorías de la PREVENCIÓN. Estas últimas se traducen a su vez en dos corrientes

conceptuales, siendo la primera la que tiende a la PREVENCIÓN GENERAL, y otra que apunta hacia una PREVENCIÓN ESPECIAL.

En primer término, y en lo que se refiere a la teoría de la **RETRIBUCIÓN**, cabe señalar que su fundamento descansa en que todo mal causado no debe quedar sin castigo alguno, debiendo el culpable del hecho encontrar su merecido en dicho castigo. En consecuencia, los exponentes de esta postura son contestes en afirmar que la pena tiende a materializar una retribución exigida por la justicia (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición. Editorial *Reppertor*, Barcelona, 1998, p. 46). Cabe afirmar también, que esta antigua postura doctrinal es una TEORÍA ABSOLUTA DE LA PENA, en razón de que su sustento conceptual es la justicia, la cual es un valor que se basta a sí mismo, es decir, un valor absoluto.

Por otra parte, las teorías de la **PREVENCIÓN** se fundamentan en la afirmación de que la pena tiene por finalidad o misión prevenir futuros delitos, a los fines de salvaguardar específicos intereses o bienes sociales. A diferencia de la tesis de la retribución, las teorías de la PREVENCIÓN son TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA, ello en virtud de que su fundamento son las necesidades de prevención, las cuales son de carácter relativo y circunstancial.

Dentro de esta corriente doctrinal de la prevención, destaca en primer lugar, la teoría de la **PREVENCIÓN GENERAL**, la cual toma como postulado esencial que la pena debe tender a una prevención frente a la colectividad, es decir, enviar un mensaje al colectivo (y lograr así una influencia psicológica en sus miembros) para evitar que en su seno surjan delincuentes. Cabe destacar que el momento en que opera esa influencia psicológica es cuando se produce la conminación legal. A su vez, dentro de esta línea de criterio de la prevención general podemos encontrar dos vertientes, siendo la más antigua la denominada PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA, la cual implica que la pena tenga por finalidad crear en los miembros de la sociedad una coacción psicológica de no delinquir, es decir, utiliza como herramienta esencial la intimidación en las personas para evitar la comisión de futuros delitos.

En segundo lugar -y distinta a la anterior- tenemos la teoría de la PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA, cuyos exponentes afirman que la pena tiene por finalidad la afirmación positiva del Derecho Penal, mediante la creación de una conciencia social de respeto a la norma, es decir, una conciencia de respeto del Derecho.

Tal como se señaló anteriormente, dentro del campo conceptual de las posturas de la prevención también se encuentra la TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL, la cual está referida a una persona en específico y no a la colectividad. Es decir, la pena debe tender a prevenir delitos que puedan provenir del actuar de una persona en concreto que ya ha delinquido, a los fines de que no vuelva a incurrir en delito alguno. Dicho en otros términos, la pena está dirigida a la persona que está sufriendo los efectos de la pena en virtud de haber cometido un delito, para que no incurra de nuevo en la tentación de cometer otro hecho punible. De esto se infiere claramente que el mecanismo de esta postura opera, a diferencia de la PREVENCIÓN GENERAL, al momento de la imposición y ejecución de la pena respectiva.

Por otra parte, debe señalarse que las teorías de la pena no son categorías ahistóricas, al contrario, constituyen concepciones que han informado a lo largo de la historia a los distintos modelos de Estado, a los efectos de delinear el cometido o la función que debe cumplir en ellos el Derecho Penal. De lo anterior se desprende que el fin de las penas y la función del Derecho Penal se encuentran en íntima relación, ya que la función de éste dependerá de cuál es el fin político-criminal que se le asigne a la pena, dependiendo esto último a su vez del modelo de Estado que se adopte.

En el caso específico del Estado venezolano, se debe afirmar que el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que ha sido entendido por esta Sala, en sentencia No. 656/2000 del 30 de junio, de la siguiente forma:

“El artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa que Venezuela es un Estado Social de Derecho y de Justicia. Esto significa, que dentro del derecho positivo

actual y en el derecho que se proyecte hacia el futuro, la ley debe adaptarse a la situación que el desarrollo de la sociedad vaya creando, como resultado de las influencias provenientes del Estado o externas a él. Son estas influencias las que van configurando a la sociedad, y que la ley y el contenido de justicia que debe tener quien la aplica, deben ir tomando en cuenta a fin de garantizar a los ciudadanos una calidad integral de vida, signada por el valor dignidad del ser humano. El Estado constituido hacia ese fin, es un Estado Social de Derecho y de Justicia, cuya meta no es primordialmente el engrandecimiento del Estado, sino el de la sociedad que lo conforma, con quien interactúa en la búsqueda de tal fin.

Un Estado de esta naturaleza, persigue un equilibrio social que permita el desenvolvimiento de una buena calidad de vida y para lograr su objeto, las leyes deben interpretarse en contra de todo lo que perturbe esa meta, perturbaciones que puedan provenir de cualquier área del desenvolvimiento humano, sea económica, cultural, política, etc.

El Estado así concebido, tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean, como parte de la interacción o desarrollo compartido Estado-Sociedad, por lo que puede afirmarse que estos derechos de control son derechos cívicos, que son parte de la realización de una democracia participativa, tal como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."

Entonces, entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta -a saber, sin retribución-, el quebrantamiento del orden jurídico. Pero para que el Estado social no degenere en autoritario, sino que se mantenga como democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que

garanticen que dicha prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos (MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.* Editorial *Ariel Derecho.* Barcelona, 1994, p. 44).

Con base en los anteriores planteamientos, se puede afirmar que el fin de la pena –y por ende la función del Derecho Penal- en un modelo de Estado como el que está delineado en el artículo 2 constitucional, tendrá que ser la prevención limitada, tomando en cuenta para ello los fundamentos filosóficos que en aquél convergen.

Sobre este punto, MIR PUIG enseña:

“En cuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS CIUDADANOS, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida- de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado DEMOCRÁTICO DE DERECHO, deberá someter la prevención penal a otra serie de LÍMITES, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal.

…Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una **prevención limitada** que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.” (MIR PUIG. Ob. Cit., p. 65)

Pero es el caso que tales límites al poder punitivo del Estado o *ius puniendi*, se encuentran constituidos básicamente por los siguientes principios: 1) Legalidad (derivado del modelo de Estado de Derecho), 2) Utilidad de la intervención penal; 3) Subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal; 4) Exclusiva protección de bienes jurídicos; 5) Lesividad (dimanando estos cuatro del modelo de Estado social); 6) Humanidad de las penas, 7) Culpabilidad, 8) Proporcionalidad; y 9) Resocialización (derivándose estos últimos del modelo de Estado democrático); arropados todos por el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como corolario de lo antes expuesto, cabe afirmar, partiendo del modelo de Estado venezolano, que la pena –y por ende el Derecho Penal- tiene por función la prevención de delitos, a los fines de evitar que los bienes jurídicos de los ciudadanos se vean lesionados. Claro está, dicha prevención debe estar limitada por los principios antes señalados.

Cabe destacar que las distintas facetas de la prevención se materializan en tres etapas fundamentales, a saber, la prevención general ve cabalmente desplegados sus efectos al momento de la conminación penal; mientras que en la oportunidad de la imposición de la pena por parte del Juez, se hace efectivo tanto el contenido de la prevención general como el de la prevención especial. Por último, en la ejecución penal la sanción atenderá esencialmente a una finalidad preventivo-especial.

Entonces, teniendo en cuenta cuál es la finalidad de las penas en el modelo de Estado venezolano, y los tres momentos en que dicha finalidad se concreta, forzoso es señalar que la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, establecida como sanción accesoria tanto a la pena de presidio como a la de prisión, regulada en los artículos 13.3 y 16.2 del Código Penal, respectivamente, persigue, en principio, un objeto preventivo-especial, que está fundado, en un régimen constitucional como el venezolano, no en el grado de posibilidad o probabilidad de reincidencia de la persona que ha cumplido una pena privativa de libertad por la comisión de un determinado delito, sino en el interés general que tiene la ciudadanía en lograr, con la intervención del Estado, la efectiva reinserción a la vida en sociedad de la persona que estuvo apartada de ella por causa de su transgresión del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, la medida de sujeción a la vigilancia de autoridad consiste, según lo previsto en el artículo 22 del Código Penal, en la obligación para el penado de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio donde resida o por donde transite, de su salida y llegada a éstos. Como fuera señalado, a través de esta medida se pretende no sólo permitir al penado ir a donde le plazca y residir en el lugar que escoja, sino también que éste tenga a la autoridad como principal testigo de su proceso de efectiva reinserción a la vida en sociedad y que ésta (el

Jefe Civil) pueda colaborar, de ser ello necesario, en el desarrollo de tal proceso (*vid.* sentencias Nos. 2025/2004 y 2091/2004 de esta Sala).

Esta Sala observa, en el caso *sub lite*, que el Tribunal Tercero de Primera Instancia en función de Ejecución de Sentencia del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, señaló que la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad contemplada en el artículo 13.3 del Código Penal es inconstitucional, por cuanto al no establecerse en el ordenamiento jurídico un sanción a imponer en caso de su incumplimiento, se lesiona el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que impide la realización de la tutela judicial efectiva consagrada en dicha norma. De igual forma, también expresa el Juzgador de instancia que la mencionada pena atenta contra el principio de autoridad del Juez establecido en el artículo 5 del Código Orgánico Procesal Penal, por las mismas razones anteriormente señaladas.

Llama la atención a esta Sala tal señalamiento expresado por el Juez del Tribunal Tercero de Primera Instancia en función de Ejecución de Sentencia del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, toda vez que no es cierto que nuestro ordenamiento jurídico no contempla una sanción para el supuesto en que el penado incumpla con la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad. En tal sentido, debe esta Sala recordarle al señalado juzgador, que el artículo 262 del Código Penal vigente (263 del código anterior) contiene una de las modalidades del delito de quebrantamiento de condena, rezando dicha norma de la siguiente forma:

Artículo 262. Si lo fuere [el quebrantamiento] en los casos de sujeción a la vigilancia de la autoridad pública o de caución, en el primero, por recargo de pena, se aumentará el tiempo de vigilancia, y en el otro de arresto si lo hubiere, hasta una tercera parte de estas mismas penas, a juicio del Tribunal.

De la anterior redacción legal, se evidencia que el tipo objetivo de este delito exige que la pena quebrantada sea la de sujeción a la vigilancia de la autoridad, acarreando la comisión de dicho ilícito jurídico-penal la imposición de una sanción, que es el aumento -a través del recargo de pena- de la duración del tiempo de vigilancia, hasta una tercera parte de la cuantía que tenga en el caso concreto dicha pena accesoria. El bien jurídico tutelado

a través de este tipo penal es la administración de justicia, y específicamente, el interés del Estado en la efectividad de determinadas resoluciones judiciales (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; BOIX REIG, Javier; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tercera edición revisada y ampliada. Editorial *tirant lo blanch.* Valencia, 1999, p. 799).

Siendo así, esta Sala observa que en el presente caso no se evidencian visos de inconstitucionalidad en la pena accesoria contemplada en el artículo 13.3 del Código Penal, toda vez que la misma, además de obedecer a una función político-criminal determinada, no es una norma "imperfecta", ya que existe en el ordenamiento jurídico venezolano una norma jurídico-penal que la subyace y que prevé una sanción para el supuesto de que dicha accesoria sea incumplida por el penado; siendo en consecuencia a todas luces errado afirmar -tal como lo hizo el Juzgado Tercero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia- que el artículo 13.3 del Código Penal lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República de Venezuela, y mucho menos, que pone en peligro el principio de autoridad del Juez establecido en el artículo 5 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se declara.

Por las consideraciones precedentes, esta Sala Constitucional anula la decisión dictada el 22 de junio de 2004, por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en función de Ejecución de Sentencia del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, en la que desaplicó por control difuso el artículo 13.3 del Código Penal, en lo que respecta a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad impuesta al penado Kennedy Manuel Sánchez Urdaneta, y ordena al referido Juzgado de Ejecución continuar con la aplicación de la pena impuesta hasta su conclusión. Así se decide.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 3067, Fecha: 14/10/2005

En primer lugar, advierte esta Sala que el artículo 334 Constitucional atribuye a todos los jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre den-

tro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental, lo que se traduce en el deber de ejercer aun de oficio, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía los conflictos o colisiones que puedan presentarse en cualquier causa, entre normas legales o sublegales y una o varias disposiciones constitucionales, en cuyo caso deben aplicar preferentemente estas últimas.

En este sentido, se reitera que la revisión de las sentencias definitivamente firmes de control difuso de la constitucionalidad remitidas por los Tribunales de la República, resulta en una mayor protección de la Constitución e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas al Texto Fundamental, en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional.

De allí que, el juez que desaplique una norma legal o sublegal, por considerarla inconstitucional, está obligado a remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme y del auto que verifica dicha cualidad, a fin de que esta Sala proceda a la revisión de la misma, para de esta manera, hacer más eficaz el resguardo de la incolumidad constitucional; en caso contrario, el control difuso no tendría sino un efecto práctico sólo en el caso concreto, en detrimento del orden constitucional, pues el canal de conexión con el control concentrado -que tiene efectos *erga omnes-,* estaría condicionando a la eventual solicitud de revisión de la persona legitimada por ante la Sala, lo que desde luego minimiza la potencialidad de los instrumentos emanados de ésta, que es el carácter vinculante de sus decisiones y la facultad de revisar ese tipo de sentencias por mandato constitucional, tal y como lo ha señalado esta Sala en sentencia N° 1.998 del 22 de julio de 2003 (caso: *"Bernabé García"*).

En cumplimiento de lo anterior, en el presente caso la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, con sede en San Juan de los Morros, remitió a esta Sala en virtud del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la decisión que dictó el 9 de marzo de 2005, en la cual desaplicó el último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal por control difuso de la constitucionalidad, resultando oportuno realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se advierte que el ciudadano Ernesto Coromoto Altahona fue condenado -por admisión de los hechos- a cumplir la pena de cuatro (4) años y once (11) meses de presidio, por la comisión del delito de homicidio en riña; posterior a ello, la defensa del referido ciudadano solicitó ante el Juez de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, extensión Calabozo, el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, solicitud que fue negada por decisión del 14 de diciembre de 2004.

Ello así, la defensa actora interpuso recurso de apelación contra la referida decisión, alegando con relación al procedimiento de la admisión de los hechos tipificado en el único aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal, que el mismo restringe la procedencia de tal beneficio, en forma contradictoria con lo dispuesto en el artículo 493 *eiusdem “(…) ya que beneficia los delitos tipificados taxativamente y luego por un procedimiento especialísimo le niega ese beneficio, contradicción esta que choca con el mismo Código Orgánico rector (…)”,* razón por la que no debió negársele a su defendido el beneficio, cuando fue condenado por el delito de homicidio en riña y se acogió al procedimiento por admisión de los hechos.

Al respecto, se observa que el artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal señala lo siguiente:

“Para que el tribunal de ejecución acuerde la suspensión condicional de la ejecución de la pena, deberá solicitar al Ministerio del Interior y Justicia, un informe psico-social del penado, y se requerirá:

1. Que el penado no sea reincidente, según certificado expedido por el Ministerio del Interior y Justicia;

2.- Que la pena impuesta en la sentencia no exceda de cinco años;

3.- Que el penado se comprometa a cumplir las condiciones que le imponga el tribunal o el delegado de prueba;

4. Que presente oferta de trabajo; y,

5. Que no haya sido admitida en su contra, acusación por la comisión de un nuevo delito, o no le haya sido revocada cualquier fórmula alternativa de cumplimiento de pena que le hubiere sido otorgada con anterioridad.

Si el penado hubiere sido condenado mediante la aplicación del procedimiento por Admisión de los Hechos, y la pena impuesta excediere de tres años, no podrá serle acordada la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena" (Subrayado de esta Sala).

Al respecto, esta Sala, en decisión N° 35 del 25 de enero de 2001 (caso: *"Blas Nicolás Negrín Márquez"*), señaló lo siguiente:

"(…) Es falso lo que alega el accionante sobre que el sentenciador del fallo impugnado negara el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, porque se hubiera concedido una disminución de la sanción, como consecuencia de haber, el promovente, admitido los hechos, lo cual excluía la aplicación de cualquier otro beneficio. Del pronunciamiento de la Corte de Apelaciones se desprende, que ésta rechazó el beneficio solicitado por cuanto interpretó que la intención del legislador al prescribir dicho privilegio y establecer como exigencia que la pena correspondiente no exceda de ocho años, descarta, por sí mismo, el homicidio intencional. Es decir, que el rechazo de lo solicitado se circunscribió al hecho punible objeto del juicio y no a que el solicitante se había aprovechado de otro beneficio.

Al respecto esta Sala debe precisar que la sanción prescrita en el Código Penal para el homicidio intencional es de doce a dieciocho años de presidio y que el Código Orgánico Procesal Penal, al entrar en vigencia lo que hizo fue autorizar al juez para realizar una rebaja especial de pena por debajo de ese límite inferior como una especie de compensación al imputado que aceptó los hechos con prescindencia del juicio, mas no modificó la penalidad para tal delito, toda vez que corresponde al derecho penal sustantivo y no al procesal, la descripción del tipo penal y el establecimiento de su castigo. Cuando dicha sanción fue disminuida a ocho años en el caso in concreto –enfatizamos- se produjo una reducción especial de la sanción, dispuesta en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, no obstante el castigo para dicho delito sigue oscilando entre doce y dieciocho años de presidio, es decir, el Tribunal no podía acordar el aludido beneficio, porque la pena excede los ocho años, ello de conformidad con el numeral 2 del artículo 14 de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal.

Esta Sala igualmente aprecia que el razonamiento judicial proporcionado por el juzgador al negar el beneficio es válido y ajus-

tado a derecho, en virtud de que si el propio artículo 14 de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal, en su numeral 4, señala como requisito para acordarlo que el solicitante 'no hubiere sido condenado por la comisión de los delitos de violación, hurto agravado, hurto calificado, robo agravado o secuestro', con mayor razón, éste -conforme al argumento a fortiori-, no podría gozar de la prerrogativa, siendo el autor material de un homicidio intencional, donde el bien jurídico lesionado -la vida- es de mayor relevancia que la propiedad e incluso la libertad, personal o sexual, que serían los lesionados en aquellos hechos punibles expresamente exceptuados por el legislador de la posibilidad de goce de tal privilegio (…)".

Ello así, observa esta Sala que la norma *supra* citada establece, como regla general, que no podrá acordarse la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los casos de condenados mediante la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos, donde la pena impuesta sea superior a los tres (3) años.

En este sentido, se advierte que el ciudadano Ernesto Coromoto Altahona, por el procedimiento de admisión de los hechos, fue condenado a cumplir la pena de cuatro (4) años y once (11) meses de presidio, término que excede al establecido en la norma in commento como requisito necesario para que proceda el beneficio solicitado.

Ahora bien, se advierte que el artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal -norma cuya aplicación fue suspendida por esta Sala en sentencia N° 460 del 8 de abril de 2005-, establece limitaciones en cuanto a que sólo podrán optar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y a cualquiera de las fórmulas alternativas de su cumplimiento, los condenados por los delitos en ella mencionados, luego de haber estado privados de su libertad por un tiempo no inferior a la mitad de la pena impuesta, no obstante ello no aplica al caso de autos vista la admisión de los hechos por parte del imputado, de conformidad con el contenido del último aparte del artículo 494 *eiusdem.*

Así las cosas, las restricciones establecidas por el legislador para optar a los beneficios de las medidas alternativas de cumplimiento de la pena, si bien no pretenden ir en contra del principio de progresividad de los derechos humanos, intentan establecer restricciones a objeto de mantener un equilibrio entre los

derechos individuales y los derechos colectivos, más aún en los casos en los que el bien jurídico protegido es la vida.

La finalidad de nuestro sistema penitenciario es alcanzar la rehabilitación y reinserción de los penados en la sociedad, aplicando la privación de la libertad como medio de castigo al individuo que ha incurrido en un hecho delictual cuya naturaleza amerita un cierto grado represivo, a fin de generar en el colectivo un efecto preventivo y ejemplarizante ante tales conductas.

Entonces, si bien en el caso de autos el ciudadano Ernesto Coromoto Altahona admitió los hechos y fue condenado por la comisión del delito de homicidio en riña, el bien jurídico que resultó lesionado fue la vida de un ciudadano, cuyos derechos y los de quienes pueden considerarse como víctimas (artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal), se vieron afectados por la actuación materializada por el condenado.

De manera tal, que esta Sala no comparte el criterio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, con sede en San Juan de los Morros, de considerar que al otorgarle al ciudadano Ernesto Coromoto Altahona la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se le estaría dando un *“reconocimiento a la protección de la persona humana”,* ello por el hecho de que, si bien la actuación de los órganos jurisdiccionales debe encaminarse no sólo a proteger a todo imputado, (procesado o penado) reconociendo sus derechos y brindándole las garantías necesarias para su ejercicio, también debe dirigirse a crear en la sociedad la convicción de la existencia de la paz social.

En este sentido, se advierte que las políticas dirigidas a la humanización del sistema penitenciario no pueden partir de la desaplicación de normas -cuando las mismas no sean contrarias a los derechos constitucionales-, dictadas por el legislador como respuesta a la verificación de un hecho delictivo y en resguardo del colectivo, razón por la que esta Sala Constitucional difiere del análisis realizado por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, con sede en San Juan de los Morros y, en consecuencia, anula la decisión dictada el 9 de marzo de 2005, que desaplicó el último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal, en lo que respec-

ta a suspensión condicional de la pena al ciudadano Ernesto Coromoto Altahona, ordenando a la referida Corte de Apelaciones dictar nueva sentencia con estricta sujeción al contenido del presente fallo. Así se declara.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 266, Fecha: 17/02/2006

Corresponde a la Sala pronunciarse acerca de la presente desaplicación de norma, y a tal fin observa:

En primer lugar, debe afirmarse que el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela atribuye a todos los jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental, lo que se traduce en el deber de ejercer aun de oficio, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía las disconformidades que puedan generarse en cualquier proceso, entre normas legales o sublegales y una o varias disposiciones del texto constitucional, debiéndose aplicar preferentemente, ante tal supuesto, las últimas (*vid.* sentencia n° 3067/2005, del 14 de octubre).

Siguiendo esta línea de criterio, esta Sala reitera que la revisión de las sentencias definitivamente firmes de control difuso de la constitucionalidad remitidas por los Tribunales de la República, resulta en una mayor protección de la Constitución e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas al Texto Fundamental, en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional.

Siendo así, el juez que desaplique una norma legal o sublegal, por considerarla inconstitucional, está obligado a remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme y del auto que verifica dicha cualidad, a fin de que esta Sala proceda a realizar la revisión de la misma, para hacer más eficaz el resguardo de la incolumidad constitucional; en caso contrario, el control difuso

no tendría sino un efecto práctico sólo en el caso concreto, en detrimento del orden constitucional, pues el canal de conexión con el control concentrado -que tiene efectos *erga omnes-,* estaría condicionando a la eventual solicitud de revisión de la persona legitimada por ante la Sala, lo que desde luego minimiza la potencialidad de los instrumentos emanados de ésta, que es el carácter vinculante de sus decisiones y la facultad de revisar ese tipo de sentencias por mandato constitucional (sentencia n° 1.998/2003, del 22 de julio).

En cumplimiento de lo anterior, en el presente caso la Sala n° 8 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, remitió a esta Sala Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la decisión que dictó el 20 de junio de 2005, en la cual desaplicó el último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal por control difuso de la constitucionalidad.

Visto lo anterior, se advierte que el ciudadano José Ramón Mendoza Ríos fue condenado, con base en la aplicación del procedimiento especial por admisión de los hechos, a cumplir la pena de tres (3) años, siete (7) meses y doce (12) de horas de prisión, por la comisión de los delitos de posesión ilícita de arma de guerra y uso de documento falso; posterior a ello, la defensa del referido ciudadano solicitó ante el Tribunal Octavo en funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena *“... y/o la Medida de Prelibertad de Destacamento de Trabajo y se realice la Redención de la Pena ...”*, solicitud que fue negada por el señalado órgano jurisdiccional mediante auto del 6 de mayo de 2005.

Contra esta última decisión, la defensa interpuso recurso de apelación, alegando que la decisión dictada por el Juzgado de Ejecución desconoció el carácter vinculante de la sentencia proferida por esta Sala Constitucional en fecha 8 de abril de 2005, en el sentido de que negó la solicitud de concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en beneficio de su defendido, sin tomar en consideración que la referida decisión de esta Sala suspendió la aplicación del artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal. En consecuencia, solicitó

la declaratoria de nulidad, de conformidad con los artículos 190 y 191 del Código Orgánico Procesal Penal, de la decisión recurrida, ya que la misma es violatoria de los derechos y garantías constitucionales de su defendido, específicamente el derecho a la defensa, *"... al debido proceso, la presunción de inocencia, afirmación de libertad , la aplicación de la ley ...".*

En vista de tal recurso interpuesto por la defensa, la Sala n° 8 de la Corte de Apelaciones de ese mismo Circuito Judicial Penal, procedió a la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal, y declaró con lugar dicho recurso de apelación.

El artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal dispone lo siguiente:

"Artículo 494. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. Para que el tribunal de ejecución acuerde la suspensión condicional de la ejecución de la pena, deberá solicitar al Ministerio del Interior y Justicia, un informe psico-social del penado, y se requerirá:

1. Que el penado no sea reincidente, según certificado expedido por el Ministerio del Interior y Justicia;
2. Que la pena impuesta en la sentencia no exceda de cinco años;
3. Que el penado se comprometa a cumplir las condiciones que le imponga el tribunal o el delegado de prueba;
4. Que presente oferta de trabajo; y,
5. Que no haya sido admitida en su contra, acusación por la comisión de un nuevo delito, o no le haya sido revocada cualquier formula alternativa de cumplimiento de pena que le hubiere sido otorgada con anterioridad.

Si el penado hubiere sido condenado mediante la aplicación del procedimiento por Admisión de los Hechos, y la pena impuesta excediere de tres años, no podrá serle acordada la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena" (subrayado de este fallo).

La citada norma consagra la figura de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cual constituye una de

las modalidades de probación establecidas en el ordenamiento jurídico venezolano. Es el caso, que dicha figura constituye la forma esencial a través de la cual se materializa en Venezuela el tratamiento no institucional de los penados. La naturaleza de este tratamiento, es la de ser un medio de control social amplio, cuya finalidad no es neutralizar ni criminalizar a la persona, sino constituir una verdadera alternativa social y no violenta, que obedece al principio de intervención mínima del Derecho penal, el cual se encuentra arropado por el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que constituye un derivado del modelo de Estado social que funge como límite al *ius puniendi.*

En este sentido, MIR PUIG señala lo siguiente:

"El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto pueda conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de la <<máxima utilidad posible>> para las posibles víctimas debe combinarse con el de <<mínimo sufrimiento necesario>> para los delincuentes. (…). Entra en juego así el **<<principio de subsidiariedad>>**, según el cual el Derecho penal ha de ser la ***ultima ratio***, el último recurso a utilizar a falta de otros medios menos lesivos. El llamado **<<carácter fragmentario del Derecho penal>>** constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado **<<principio de intervención mínima>>"** (*vid.* MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* Editorial *Reppertor.* Quinta edición. Barcelona, 1998, p. 89).

A mayor abundamiento, cabe destacar que el tratamiento no institucional, también conocido como tratamiento extramuros, constituye para el individuo una alternativa a la reclusión que también coadyuva en la realización de los postulados de la prevención especial positiva, esto es, la reinserción social de los infractores, cristalizando así el contenido del artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La institución de la *probation* (cuyos orígenes se remontan al siglo XIX, específicamente en el sistema del *common law*), tam-

bién denominada “probación”, es aquella figura por la cual el individuo que se vea beneficiado por la suspensión condicional de la ejecución de la pena –así como también en la suspensión condicional del proceso-, deberá estar sujeto a un régimen de prueba, en el cual aquél cumplirá con una serie de obligaciones que le imponga el juez competente.

En ese período de prueba, el actor encargado de apoyar, orientar y supervisar al beneficiario o “probacionario”, será el delegado de prueba designado por el Ministerio de Interior y Justicia. Respecto a la actuación del delegado de prueba, MORAIS señala que se espera que la misma contribuya *“... eficazmente, para la prevención de la delincuencia, mediante la intervención personalizada de los individuos bajo su control y supervisión. Se aspira que la particular interacción que se establece entre los dos actores fundamentales del régimen probatorio, logre inculcar, de forma permanente, en el sometido a prueba, el deseo, la motivación y la fuerza necesarias para vivir de acuerdo y con respeto a la ley”* (MORAIS, María Gracia. *El rol actual del delegado de prueba en el sistema de justicia venezolano*. Ponencia presentada en las *III JORNADAS NACIONALES DE DELEGADOS DE PRUEBA Y MEDIDAS DE PRELIBERTAD*. Mérida, 2003).

De igual forma, debe afirmarse la figura de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a pesar de ser un mecanismo que materializa el principio de intervención mínima del Derecho penal y la cual tiende a un fin preventivo especial, por mandato expreso del legislador ve limitada su aplicación en un supuesto. En este sentido, el aparte único del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal establece que si el penado hubiere sido condenado a través de la aplicación del procedimiento especial por admisión de los hechos, y la pena impuesta excediere de tres años, no podrá serle acordada la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En consecuencia, ante tal circunstancia, el penado no podrá someterse al régimen del tratamiento no institucional, cuyo mecanismo esencial –tal como se señaló *supra*- es la probación.

En el caso de autos, la Sala n° 8 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas, estimó, con base en los argumentos expuestos *supra*, que esta limita-

ción inserta en el último aparte del artículo 494 de la ley adjetiva penal, colide con el contenido de los artículos 21 y 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, esta Sala Constitucional, luego de un detenido examen de la sentencia sometida a la presente revisión, considera que la misma debe ser anulada, en virtud de que en ella hubo una interpretación de las señaladas normas constitucionales, en un sentido distinto al que se desprende de su significado y de su contexto normativo.

A continuación, se expondrán los argumentos jurídico-constitucionales que justifican el juicio referido anteriormente, así como algunas precisiones con relación a ciertos argumentos explanados por el señalado órgano jurisdiccional en la sentencia sometida a la presente revisión.

En tal sentido, en cuanto a la vulneración del contenido del artículo 21 constitucional, específicamente con relación a la presunta desigualdad que genera la norma que se pretendió desaplicar en el presente caso, esta Sala estima que la señalada norma constitucional consagra el denominado principio de igualdad –específicamente en su primer cardinal-, así como las garantías para su debida protección.

Dicha norma reza de la siguiente manera:

“**Artículo 21.** Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias" (subrayado del presente fallo).

Ahora bien, el referido artículo establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Esta Sala ha sostenido con anterioridad que el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación- (*vid.* sentencia n° 898/2002, del 13 de mayo). En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos (*vid.* GUI MORI, Tomás. *JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ÍNTEGRA 1981-2001*. Tomo I. Editorial *Bosch*. Barcelona, 2002, p. 332). Lo que podría resumirse en dos conclusiones: "No asimilar a los distintos, y no establecer diferencias entre los iguales".

De igual forma, esta Sala ha reconocido en varios fallos, que el respeto al principio o derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación es una obligación de los entes incardinados en todas las ramas que conforman el Poder Público, de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho y que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria. (*vid.* senten-

cias 536/2000, del 8 de junio; 1.197/2000, del 17 de octubre; y 1.648/2005, del 13 de julio).

Tomando en consideración esta última afirmación, debe señalarse que dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley *strictu sensu,* también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley (*vid.* GUI MORI. Ob. Cit., p. 331).

A mayor abundamiento, y con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos de esta rama del poder público -a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento es susceptible de conllevar a la movilización del aparataje de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la ley correspondiente, sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad.

En el caso de autos, se está en presencia de una decisión judicial que, mediante la aplicación del control difuso, ha cuestionado la constitucionalidad de una norma de rango legal, como lo es el último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal, por considerarla violatoria del principio de

igualdad consagrado en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En este sentido, se evidencia que el órgano jurisdiccional delata el presunto irrespeto de la igualdad normativa por parte del legislador nacional, toda vez que, en los términos en que fue expuesta la motivación correspondiente, se desprende que en el fallo objeto de la presente revisión, se afirma que los penados que han sido condenados a penas que excedan los tres años a través del procedimiento especial por admisión de los hechos, se encuentran en una situación de discriminación -en virtud de dicha disposición legal- respecto a los que han sido condenados mediante la aplicación del procedimiento ordinario por la comisión de "delitos graves" que ameriten penas más altas, aunado a que los delitos por los cuales fue condenado el ciudadano José Ramón Mendoza Ríos (posesión ilícita de arma de guerra y uso de documento falso), no se encuentran incluidos en el catálogo descrito en el artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal.

En este sentido, se evidencia que la Sala n° 8 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, considera que los dos supuestos anteriormente señalados son susceptibles de ser encuadrados en una situación de igualdad como equiparación, es decir, considera que tales supuestos se encuentran en una situación de igualdad, y que por ello son merecedores de un idéntico tratamiento jurídico.

Ahora bien, esta Sala estima que tal afirmación explanada por el precitado órgano jurisdiccional no resulta correcta, toda vez que la disposición normativa contenida en el último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal no es contraria al principio de igualdad, y específicamente, al principio de igualdad normativa. En tal sentido, debe partirse que la situación descrita en dicho aparte no se encuentra en una situación de igualdad como equiparación respecto a la situación de los penados que han sido condenados mediante la aplicación del procedimiento ordinario, por la comisión de delitos graves que ameriten una pena superior a la mencionada en dicha disposición –tal como pretendió considerarlo el órgano jurisdiccional antes señalado-; por el contrario, ambos supuestos se encuentran en una situación de igualdad como diferenciación, ya que se trata de dos supuestos de hecho distintos que ameritan un tratamiento diferenciado.

El fundamento de ello estriba en que realmente existe una causa objetiva, razonable y congruente para tal diversificación normativa efectuada por el legislador nacional, es decir, para no acordar el otorgamiento del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al penado ha sido condenado mediante la aplicación del procedimiento especial por admisión de los hechos, a una pena que exceda de tres años. Esa causa se ve materializada en que no resulta plausible otorgarle el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a una persona que previamente ha sido beneficiada con una rebaja de la pena por haber confesado su culpabilidad en la comisión del hecho punible, es decir, por haber admitido los hechos a través del procedimiento especial contemplado en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal.

En tal sentido, debe recordarse que la admisión de los hechos, cuyos orígenes se remontan al *plea guilty* -figura propia del Derecho anglosajón-, constituye una confesión judicial pura y simple del imputado, es decir, un reconocimiento de su culpabilidad en los hechos que se le atribuyen, cuya consecuencia es la imposición de una pena con prescindencia del juicio oral y público. Pero es el caso, que dicha institución trae aparejado como beneficio para el sujeto una rebaja en la pena correspondiente al delito que le ha sido atribuido, toda vez que para que esta renuncia del imputado al juicio tenga algún sentido, resulta necesario que el mismo obtenga algo a su favor.

Siendo así, aceptar que un penado que ha sido condenado a cumplir una pena que exceda de tres años en un procedimiento por admisión de los hechos, se le acuerde la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sería otorgarle injustificadamente a aquél un doble beneficio, toda vez que además de la rebaja de la pena que originariamente le debería ser impuesta, sería también beneficiado con el otorgamiento de la mencionada suspensión condicional y sometido a un régimen de probación, situación que devendría en político-criminalmente perjudicial, ya que es susceptible de convertirse en fuente de impunidad, en el sentido de que desnaturalizaría la función que le es propia al Derecho Penal en el marco de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de justicia -tal como se encuentra consagrado en el texto del artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana

de Venezuela-, que no es únicamente la prevención especial positiva -es decir, la rehabilitación y reinserción social del recluso-, sino también la prevención general, la cual, a través de la imposición de la pena, funge como mecanismo que garantiza la indemnidad de los bienes jurídico-penales de la ciudadanía frente al hecho dañoso que constituye delito.

En este sentido, debe señalarse que, partiendo de la premisa de que el sistema político y jurídico venezolano se fundamenta en un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta -a saber, sin retribución-, el quebrantamiento del orden jurídico. Claro está, para que el Estado social no degenere en autoritario, sino que se mantenga como democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que dicha prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos (*vid.* MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.* Editorial *Ariel Derecho*. Barcelona, 1994, p. 44).

Siendo así, a criterio de esta Sala, la finalidad de la diversificación normativa efectuada por el legislador en el último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual dispone que no es procedente la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando el penado fuere condenado mediante la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos a cumplir una pena que exceda de tres años, no atenta contra el principio de igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que se trata de una situación de igualdad como diferenciación y no como equiparación, que se fundamenta en unos motivos razonables y congruentes -como son los explanados *supra*-, los cuales se derivan de una norma que muestra una estructura coherente, en términos de una razonable proporcionalidad con el fin político-criminal por ella perseguido.

En vista de la conclusión a que ha arribado la Sala en este primer aspecto, la decisión de la Sala n° 8 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas sujeta a revisión, debe ser anulada en cuanto determinó que el último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal, conculca el principio de igualdad. Así se establece.

Por otra parte, la Sala advierte que en la decisión bajo análisis, la Sala n° 8 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, también consideró que el último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal, colide con lo dispuesto en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fundamentando su afirmación en que la limitación contenida en el señalado último aparte es contraria al espíritu de reinserción social que se encuentra inserto en la referida norma constitucional, el cual dispone que las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad se apliquen con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria; aunado a que el ciudadano José Ramón Mendoza Ríos fue condenado a una pena corta -tres (3) años, siete (7) meses y doce (12) de horas de prisión-, la cual, en criterio de dicho juzgador, debe ser considerada negativa, toda vez que el escaso lapso de la misma no permite cumplir ningún mínimo tratamiento rehabilitador, situación que también atenta contra el contenido de la referida norma constitucional.

El artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone lo siguiente:

“**Artículo 272.** El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estadales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado

creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico” (subrayado de este fallo).

Con relación a lo anterior, debe afirmarse, en primer lugar, que si bien es cierto la rehabilitación y la reinserción social del recluso son consecuencias ineludibles derivadas de la prevención especial positiva, ello no significa que del texto de la norma constitucional antes citada deba inferirse que aquéllas sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad, es decir, que la prevención especial positiva constituya la única finalidad que constitucionalmente tenga asignada la pena, ni mucho menos que las penas que no respondan a tal fin sean contrarias a la Constitución, como es el caso de las penas breves privativas de libertad, las cuales, a pesar de que no responden a una finalidad de rehabilitación o de reinserción social del recluso, no pueden ser catalogadas como contrarias al artículo 272 constitucional. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional español ha indicado que *“... no cabe descartar, sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad –tengan o no el carácter de ‘pena’- puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración penitenciarias”* (STC 19/1988, de 16 de febrero).

En este sentido, resulta necesario indicar que la pena responde también a otros fines, distintos a la rehabilitación y a la reinserción social, como lo son, por una parte, la prevención general, es decir, la prevención frente a la colectividad, la cual se traduce en la creación de un mensaje a ser dirigido al colectivo (y lograr así una influencia psicológica en sus miembros) para evitar que en su seno surjan delincuentes, siendo que esta modalidad de prevención se desdobla en dos vertientes, a saber, en la positiva (afirmación positiva del Derecho Penal, mediante la creación de una conciencia social de respeto a la norma) o en la negativa (la pena como factor de intimidación); y por otra parte, la retribución (sentencia de esta Sala n° 915/2005, del 20 de mayo).

Por último, esta Sala debe acotar que la citada norma constitucional constituye una regla que fija el marco de la política penal y penitenciaria del Estado, y la cual se encuentra destinada a ser cumplida de forma directa por los entes incardinados en las ramas que conforman el Poder Público (especialmente el Ejecutivo y el Legislativo), pero es el caso que de dicha norma no se desprenden derechos fundamentales, ni específicamente un derecho a la reinserción social. Así, la rehabilitación y a la reinserción social son pautas establecidas por el Constituyente, a los fines de fungir como orientación en cómo debe ser encaminado el régimen penitenciario, tanto a nivel legislativo, como en su materialización en la *praxis*.

Esta Sala ya se ha pronunciado con anterioridad respecto al contenido del artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

"En sintonía con los postulados de la referida moderna política criminal, la Constitución de 1999 en su artículo 272, consagró la garantía de un sistema penitenciario que le asegure al penado su rehabilitación y el respeto a sus derechos humanos, y *'(...) Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estadales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias'.*

A la par, *'(...) las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico'.*

Como se aprecia, el señalado artículo 272 constitucional consagra derechos específicamente penitenciarios, que se corresponden con las obligaciones del Estado vinculados al régimen

penitenciario y a las estrategias del llamado *'tratamiento resocializador'*. Igualmente, establece el carácter predominante de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena a las medidas de naturaleza reclusoria. En razón de lo cual, dichos derechos no tienen el carácter de derechos fundamentales, ya que están condicionados en su ejercicio por la *'relación especial de sujeción'* que resulta del internamiento en un establecimiento penitenciario.

En tal sentido, la referida garantía constitucional lo que contiene es un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria. De dicho mandato sí se derivan determinados derechos; sin embargo, tales derechos no tienen el carácter de derechos subjetivos para el condenado, por el contrario, son derechos de configuración legal. Lo que el señalado artículo 272 dispone es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, mas no que éstas sean la única finalidad legítima de ésta" (Sentencia n° 812/2005, del 11 de mayo).

En este mismo sentido, resulta ilustrativo el criterio que sobre este aspecto ha sostenido el Tribunal Constitucional español, al interpretar una norma que presenta una naturaleza similar a la del artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

"Reiteradamente ha declarado el TC que el art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental a la reinserción social, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, para que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que sea su única finalidad. Aunque la regla de la reinserción puede servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes, no es fuente en sí misma de derechos subjetivos a favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos todavía de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional" (STC 75/1998, de 31 de marzo).

Con base en estas razones, así como por las referidas anteriormente, esta Sala difiere del análisis realizado por la Sala n° 8 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante el cual concluyó que el último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal

Penal, es contrario al contenido de los artículos 21 y 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Siendo así, y visto que en el caso de autos el ciudadano José Ramón Mendoza Ríos fue condenado mediante la aplicación del procedimiento especial por admisión de los hechos, a cumplir la pena de tres (3) años, siete (7) meses y doce (12) de horas de prisión, por la comisión de los delitos de posesión ilícita de arma de guerra y uso de documento falso, se concluye que no era procedente acordar el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en beneficio de dicho ciudadano.

En consecuencia, esta Sala anula la decisión dictada el 20 de junio de 2005, en la cual desaplicó por control difuso de constitucionalidad el último aparte del artículo 494 del Código Orgánico Procesal Penal, y declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por el abogado José Joel Gómez Cordero, en su carácter de defensor del ciudadano José Ramón Mendoza Ríos, contra el auto del 6 de mayo de 2005, dictado por el Juzgado Octavo de Primera Instancia en funciones de Ejecución de ese mismo Circuito Judicial Penal, ordenándose a la referida Sala de la Corte de Apelaciones, dictar nueva sentencia con estricta sujeción al contenido del presente fallo. Así se decide.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 803, Fecha: 07/04/2006

En el caso bajo examen, el Juez del Juzgado Segundo de Primera Instancia en función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, abogado Juan Luis González Taguaruco, remitió a esta Sala el fallo por el cual declaró la inaplicabilidad del requisito que establece el cardinal 4 del artículo 14 de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal para el otorgamiento de la suspensión condicional de la pena como fórmula alternativa de cumplimiento de la misma. Dicha remisión obedece a la revisión de las sentencias de control de la constitucionalidad sobre las decisiones de los Tribunales de la República, que efectúa esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el artículo 336, cardinal 10, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No obstante, observa la Sala que la decisión del Juzgado de Ejecución fue recurrida por el Ministerio Público para ante la Sala n° 8 de la Corte de Apelación del mismo Circuito Judicial Penal. Dicha Sala, en un escueto análisis, se limitó al señalamiento de que la sentencia del *a quo* tenía argumentos jurídicos explicativos y transcribió la fundamentación de la desaplicación del artículo 14.4 de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal.

Ahora bien, esta Sala procederá a la revisión de la sentencia de alzada pero analizará la sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, toda vez que la Sala n° 8 de la Corte de Apelación no hizo mayor análisis sino que hizo suya la argumentación que hiciere el Tribunal de Ejecución.

Así, dispone el artículo 14, cardinal 4, de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal, lo siguiente:

"Para que el tribunal acuerde la suspensión condicional de la ejecución de la pena se requerirá:

(...)

4. Que no hubiere sido condenado por la comisión de los delitos de violación, hurto agravado, hurto calificado, robo agravado o secuestro, tipificados en los Artículos 375, 454, 455, 460 y 462 del Código Penal."

La decisión en cuestión acordó la suspensión condicional de la pena al penado Eduardo José Mora Padrón, a pesar de la prohibición expresa de la Ley de otorgar dicha alternativa para aquellas personas que hayan sido condenadas por el delito de robo agravado.

El argumento principal para la fundamentación de la decisión, es la inconstitucionalidad, a su juicio, de la norma aplicable, pues la misma sería contraria a lo que preceptúa el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a los fines del régimen penitenciario que la misma proclama y a la primacía de las penas no privativas de la libertad personal.

El artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

“El estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación; funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estadales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso, las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la ceración de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico”.

El artículo 272 de la Constitución que se citó da preferencia a la aplicación de las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad; sin embargo, es obvio que no excluyó la coexistencia de las sanciones reclusorias. La referida norma establece la existencia de dicho régimen para el cumplimiento de penas corporales privativas de libertad, con la exigencia o garantía de que, mediante al ejecución del mismo, se asegure la rehabilitación del penado y el respeto a los derechos humanos de este último.

Una de las fases en el cumplimiento de la pena es de carácter retributivo. Retribución, en sentido penal, significa *“finalidad de la pena, que trata de corresponder con el mal señalado en la ley al causado por el delincuente”* (Manuel Osorio: Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Heliasta, 1999, p. 881). Si se admite que la pena está acompañada del carácter que se describe en este aparte, se debe concluir, entonces, que la retribución debe guardar proporción entre el daño o mal que deriva de la conducta delictiva y el que aflige legalmente al autor de tal conducta. Dicha proporcionalidad es la que dio origen a la limitación excepcional de la posibilidad de acceso a los beneficios postprocesales.

Hay que tener en cuenta que, además con excepción del derecho a la vida, los derechos no son absolutos, lo que quiere

decir que pueden surgir limitaciones que respondan a razones legítimas, como lo sería, en este caso, el interés social que puede sentir justo temor de que una persona reincida en la conducta delictiva. Esta limitación está en perfecta adecuación con el artículo 131 de la Constitución, de acuerdo con el cual toda persona tiene el deber de cumplir y acatar la Constitución y la Ley. Resulta lógico, en consecuencia, que, ante la gravedad de la conducta delictiva, el legislador tuviera una duda razonable en cuanto a la disposición al acatamiento al ordenamiento jurídico por parte de tales personas, lo cual derivó en la limitación que se examina, que responde a un legítimo interés de salvaguarda del interés social.

Así, las restricciones que establece el legislador para la optación por las fórmulas alternativas de cumplimiento de las penas, no van en contra del principio de progresividad de los derechos humanos, sino que intentan el establecimiento de restricciones a objeto de que se mantenga un equilibrio entre los derechos individuales y los derechos colectivos.

Si bien es cierto que las penas no privativas de libertad se deben tener como preferentes por mandato constitucional, no es menos cierto que el Texto Constitucional no negó la posibilidad de la coexistencia del régimen penitenciario para el cumplimiento de las penas corporales privativas de libertad, que asegure la rehabilitación del penado como fin último, para que en definitiva alcance su reinserción a la sociedad. Además, la pena corporal privativa de libertad tiene entre sus objetivos crear en el colectivo un efecto preventivo y ejemplarizante.

En razón de todas las consideraciones que se expusieron, esta Sala difiere del análisis que efectuó el Juzgado Segundo de Primera Instancia en función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas y por ello anula la decisión que dictó, el 25 de octubre de 2005, dicho Juzgado Segundo de Ejecución, en la que desaplicó el cardinal 4 del artículo 14 de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal y acordó la suspensión condicional de la pena al ciudadano Eduardo José Mora Padrón; en consecuencia ordena, al referido Juzgado de Ejecución, que continúe con la aplicación de la pena correspondiente hasta su conclusión, sin perjuicio de que, una vez que cumpla los términos correspondientes pueda optar por cualquiera de las fórmu-

las alternativas de cumplimiento de pena que le sean aplicables conforme con la Ley de Beneficios en el Proceso Penal y el Código Orgánico Procesal Penal. Asimismo, anula la decisión de la Sala n° 8 de la Corte de Apelación del mismo Circuito Judicial Penal del 11 de enero de 2006. Así se decide.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1.171, Fecha: 12/06/2006

Una vez determinada la competencia, esta Sala pasa a resolver la presente solicitud de revisión constitucional y, a tal efecto, observa:

1.- Como fue narrado anteriormente, consta en autos que el Tribunal Quinto de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas remitió, a esta Sala Constitucional, para la revisión que establece el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, copia certificada de la decisión dictada, el 15 de abril de 2005, en la fase de ejecución del proceso penal incoado contra la ciudadana Cibell Naime Yordi, mediante la cual desaplicó, en uso del control difuso de la constitucionalidad, el contenido del artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal, que prevé que "[a] los fines de la redención de que trata la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, el tiempo redimido se computará a partir del momento en que el penado hubiere cumplido, efectivamente, la mitad de la pena impuesta privado de su libertad."

En efecto, el referido Tribunal Quinto de Control consideró que lo señalado en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal era contrario al ideal resocializador, basado en las actividades laborales, culturales y deportivas que debe cumplir todo recluso para alcanzarlo y que "la motivación de la penada para incorporarse a tales actividades 'resocializadoras' es sin duda la posibilidad de ver reducida su condena y más próximas las alternativas de libertad."

En ese sentido, observó, luego de transcribir el contenido del artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal es una limitante legal que procura la desmotivación de los

penados para alcanzar los medios para la resocialización, al contradecir "los objetivos y medios establecidos constitucionalmente para estimular la rehabilitación de los internos o internas."

Ahora bien, esta Sala hace notar, en primer lugar, que el Tribunal Quinto de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas desaplicó el contenido del artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal, sin realizar un análisis exhaustivo sobre la supuesta antinomia existente entre esa norma y el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incumpliendo, por lo tanto, con el deber de "plasmar en su decisión, en forma motivada, mediante un análisis explicativo, basado en argumentos, por qué considera que una norma legal, que goza de presunción de legitimidad, es contraria a los principios o reglas establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (vid. Sentencia N° 78, del 25 de enero de 2006, caso: Alexis Enrique Huizee Rodríguez).

El mencionado Juzgado de Ejecución, sólo se limitó a concluir que el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal era inconstitucional, dado que era una limitante legal que contradecía "los objetivos y medios establecidos constitucionalmente para estimular la rehabilitación de los internos o internas", lo que conduce a esta Sala a considerar que la decisión sometida revisión constitucional, no se encuentra ajustada a derecho.

2.- Esta Sala observa que el contenido del artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal no es contrario a lo señalado en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece lo siguiente:

"El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estadales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no

privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.”

A juicio de esta Sala, la anterior norma constitucional “da preferencia a la aplicación de las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad; sin embargo, es obvio que no excluyó la coexistencia de las sanciones reclusorias. La referida norma establece la existencia de dicho régimen para el cumplimiento de penas corporales privativas de libertad, con la exigencia o garantía de que, mediante al ejecución del mismo, se asegure la rehabilitación del penado y el respeto a los derechos humanos de este último.” (vid sentencia N° 803, del 7 de abril de 2006, caso: Juan Luis González Taguauico).

La rehabilitación del penado, consiste en un proceso mediante el cual el Estado le ofrece al individuo que resultó condenado a un tratamiento integral (médico, sicológico, siquiátrica, educativo, laboral y cultural), con el objeto de que, una vez que cumpla su pena, se adecue y cumpla con las normas (sociales y jurídicas) establecidas en la sociedad y evite cometer de nuevo un hecho punible. Pero ese tratamiento, debe ser progresivo, donde se le pueda ofrecer al condenado la posibilidad de acogerse a algunas medidas alternas de cumplimiento de pena.

Así pues, esta Sala hace notar que el artículo 272 constitucional, al indicar que debe garantizarse la rehabilitación del penado y que durante la ejecución de la condena puede acordarse algunas medidas alternas de cumplimiento de pena, lo que hace es reconocer a su vez la existencia de un principio que ha sido desarrollado en el “derecho penitenciario”, denominado principio de “progresividad”.

Este principio de “progresividad”, que históricamente tuvo como precursor al Capitán Alexander Maconochie, quien fue Director del centro de deportación retribucionista establecido por las autoridades inglesas, en la isla de Norfolk (Australia), fue acogido por diversos funcionarios de prisiones en distintos países, como lo son Walter Crofton, Manuel Montesinos y Molina,

Zebulon R. Brockwaay y Evelyn Ruggles Brise, entre otros, en Irlanda, España, Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra. El mismo, es aplicado actualmente en algunos países en forma rígida y en otros más flexible, pero ha sido reconocido como un mecanismo que pertenece y coadyuva a la rehabilitación de todo condenado.

El principio de "progresividad" consiste, a juicio de esta Sala, en la posibilidad de que un penado se reinserte socialmente a través del cumplimiento de una serie de etapas que se le ofrece durante su condena, con el objeto de obtener un tratamiento que lo aproxime a la libertad plena. Para que ello pueda darse, los centros penitenciarios deben contar, en principio, "con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación", como lo establece el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Se trata, en consecuencia, de un supuesto "de que la resocialización del sentenciado no puede obtenerse mediante una acción uniforme sino a través de sucesivas etapas conforme evolucione el individuo" (vid. Sandoval Huertas, Emiro. "Penología." Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, página 120).

Dicho principio de "progresividad", se encuentra previsto igualmente en la Ley de Régimen Penitenciario, que dispone, en su artículo 7, que los sistemas y tratamientos serán concebidos para su desarrollo gradualmente progresivo, encaminados a fomentar en el penado el respeto a si mismo, los conceptos de responsabilidad y convivencia sociales y la voluntad de vivir conforme a la ley.

La anterior norma tuvo como fundamento, al igual que casi todo el texto de la Ley de Régimen Penitenciario, lo señalado en la Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y Recomendaciones Relacionadas, aprobadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, reunido en Ginebra en 1955, texto que, en su artículo 60.2, establece el principio de "progresividad", de la siguiente manera:

"Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este pro-

pósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz."

De manera que, de acuerdo con lo señalado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes que desarrollan el sistema penitenciario venezolano, toda reinserción social del penado debe ser progresiva, a través del cumplimiento de una serie de etapas que se le presentan al individuo para que se haga efectiva su retorno a la vida social.

Ahora bien, para la consumación de esas etapas, encontramos que la misma Ley de Régimen Penitenciario, el Código Orgánico Procesal Penal y la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y Estudio, le ofrecen al penado la posibilidad de obtener una serie de formas alternativas de cumplimiento de penas con el objeto de que pueda reinsertarse socialmente.

Así pues, se precisa que el Código Orgánico Procesal Penal permite que la reinserción social pueda ser efectiva a través del trabajo fuera del establecimiento, el régimen abierto y la libertad condicional, una vez que el penado haya cumplido algunos requisitos para su obtención.

En efecto, en el artículo 501 *eiusdem*, se encuentran plasmados los requisitos que debe cumplir todo condenado para optar a las anteriores formas alternativas de cumplimiento de pena, de la siguiente manera:

"El tribunal de ejecución podrá autorizar el trabajo fuera del establecimiento, a los penados que hayan cumplido, por lo menos, una cuarta parte de la pena impuesta.

El destino a establecimiento abierto podrá ser acordado por el tribunal de ejecución, cuando el penado hubiere cumplido, por lo menos, un tercio de la pena impuesta.

La libertad condicional, podrá ser acordada por el tribunal de ejecución, cuando el penado haya cumplido, por lo menos, las dos terceras partes de la pena impuesta.

Además, para cada uno de los casos anteriormente señalados, deben concurrir las circunstancias siguientes:

1. *Que el penado no tenga antecedentes por condenas anteriores a aquella por la que solicita el beneficio;*
2. *Que no haya cometido algún delito o falta durante el tiempo de su reclusión;*
3. *Que exista un pronóstico favorable sobre el comportamiento futuro del penado, expedido por un equipo multidisciplinario encabezado, preferentemente por un psiquiatra forense;*
4. *Que no haya sido revocada cualquier formula alternativa de cumplimiento de pena que le hubiere sido otorgada con anterioridad; y*
5. *Que haya observado buena conducta.”*

De manera que, según se desprende de la anterior disposición normativa, esta Sala observa que el legislador establece, por un lado, una serie de requisitos, tomando en cuenta el tiempo de reclusión, para que todo penado pueda acceder a algunas fórmulas alternas de cumplimiento de la pena.

Pero encontramos, igualmente, que el legislador establece otros requisitos que atienden al tipo de delito cometido por el declarado judicialmente, a los fines de que se pueda cumplir con la pena impuesta en forma distinta. Entre esos supuestos, podemos observar el contenido del artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal (sobre el cual pesa actualmente una medida cautelar de suspensión de sus efectos, dictada por esta Sala).

Por lo tanto, esta Sala hace notar que el legislador, al desarrollar el principio de “progresividad”, que forma parte de la rehabilitación social que debe tener todo condenado, estableció unos requisitos, tomando en cuenta el tiempo de reclusión del penado o de acuerdo al delito cometido por el responsable, para que toda persona pueda acceder a las distintas fórmulas alternas de cumplimiento de pena. Esos requisitos son necesarios y en nada imposibilitan la readaptación social, sino más bien, están en consonancia con lo señalado en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El Juez de Ejecución, por lo tanto, deberá analizar si dichos requisitos

están cumplidos, el momento de realizar el cómputo de la ejecución de la pena, ya sea de oficio o a petición de parte.

Pero existen, además, medios que permiten la resocialización del penado. Estos medios, como lo establece el artículo 2 de la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, son el trabajo y el estudio. A través de trabajo y el estudio, a las personas condenadas a penas o medidas correccionales restrictivas de libertad, se les puede redimir su pena, "a razón de un día de reclusión por cada dos de trabajo o de estudio" (artículo 3 de la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio).

Así pues, una vez que el penado comienza a trabajar o estudiar (o si lo había hecho cuando estaba detenido preventivamente), el tiempo que destina para esas actividades será tomado en cuenta, de acuerdo con lo señalado en el artículo 5 de la Ley Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, para redimir su pena, lo que le permitirá, una vez hecho el cómputo de acuerdo con la exigencia legal, obtener igualmente algunas de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como lo establece el artículo 3 *eiusdem*.

Esa exigencia legal, que también es un requisito exigido para la progresividad en materia de Derecho Penitenciario, es la contenida en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal y se refiera a que el penado debe cumplir la mitad de la pena que le fue impuesta, para que se le pueda computar el tiempo redimido por el trabajo y el estudio.

El cumplimiento de la mitad de la pena para optar a la posibilidad de que se pueda redimir por el trabajo y el estudio atiende, como se señaló precedentemente, al tiempo que tiene recluido el penado, lo cual no contradice en forma alguna a la rehabilitación social prevista en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que es una etapa que pertenece al tratamiento progresivo del condenado, la cual debe cumplirse en todo proceso de reinserción social.

En efecto, esta Sala hace notar que lo establecido en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal garantiza la readaptación del individuo a la sociedad como un ser socialmente útil a la

misma, al ser capacitado, por lo menos durante el cumplimiento de la mitad de su pena, para el trabajo o el estudio, lo que tiene consonancia con lo señalado en el artículo 58 de la Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que dispone que "[e] l fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también sea capaz de hacerlo" (subrayado de esta Sala).

Así pues, se procura, con lo señalado en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal, que todo penado se capacite suficientemente mediante el trabajo o el estudio, para vivir en la sociedad, lo que no es más que la materialización de la reinserción social, la cual es el fin primordial de toda ejecución de la pena, como lo establece, en su artículo 5, sexto aparte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que es recogido en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establece que el "Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos."

Lo anterior, no es más que el desarrollo del principio de "progresividad", ya que debe esperarse el cumplimiento de la mitad de la pena (como etapa a superar), para que el penado pueda acceder a las fórmulas alternas de ejecución de la pena, previa dedicación al trabajo y al estudio. Además, el Estado, a través de lo señalado en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal, garantiza que el condenado se crea un hábito de estudio o trabajo en el Centro de Reclusión, para que, una vez que tenga la posibilidad de acceder a unas de las medidas alternas de cumplimiento de la pena, pueda reinsertarse socialmente sin riesgo alguno. Ese hábito, en teoría, podría distraerle de la idea de cometer un nuevo delito una vez que conviva en la sociedad.

De manera que, lo señalado en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal no contradice, en forma alguna, el principio de "progresividad" ni excluye, en lo absoluto, el proceso de reinserción social de todo penado. Se trata de un cumplimiento de una etapa por parte del penado, para poder obtener, poste-

riormente, un tratamiento que sea parecido a la obtención de la libertad plena, lo que está en consonancia con lo señalado en el artículo 272 constitucional.

Por lo tanto, al no contradecir el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal el contenido del artículo 272 de la Carta Magna, esta Sala concluye, que la desaplicación hecha por el Tribunal Quinto de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, no se encuentra ajustada a derecho.

3. En virtud de las anteriores consideraciones, esta Sala anula la decisión dictada, el 15 de abril de 2005, por el Tribunal Quinto de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual desaplicó, por control difuso de la constitucionalidad, el contenido del artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal, en la ejecución de la pena impuesta a la ciudadana Cibell Naime Yordi. En consecuencia, se ordena que dicho Juzgado continúe ejecutando la pena impuesta a la referida ciudadana, tomando en cuenta la exigencia contenida en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

2.1.5. Pena de presidio.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 883, Fecha: 11/05/2007

2. En el caso bajo examen, los Jueces de la Sala n.° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, remitieron a esta Sala el acto jurisdiccional por el cual declararon parcialmente con lugar el recurso de revisión que incoó la defensora del penado José Gregorio Flores Pérez, con base en el artículo 470.6 del Código Orgánico Procesal Penal - y en razón de la inciciación de la vigencia de la reforma del Código Penal-, exclusivamente respecto de la pena que le había sido impuesta a su representado por la comisión del delito de homicidio calificado. Adicionalmente, estimaron los referidos Jueces –después de ratificar el *quantum* de la pena-, que la condena a presidio que le había sido impuesta al penado José Gregorio Flores Pérez era "*inconstitucional y contraria a las nuevas tendencias orientadoras hacia la uniformidad de la pena corporal bajo la única figura de la prisión*" y, para ello, supuestamente desaplicaron,

de manera parcial, los artículos 5 y 6 de la Ley de Hurto y Robo de Vehículo Automotor, con base en los cuales también había sido condenado, en grado de complicidad, el referido penado, a quien igualmente se le condenó por la comisión del delito de porte ilícito de arma de fuego.

Para su decisión, la Sala estima pertinente la expresión de las siguientes consideraciones:

El artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

"El estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación; funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estadales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso, las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico".

El artículo 470 del Código Orgánico Procesal Penal expresa lo siguiente:

"La revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado, en los casos siguientes:

(…)

6. Cuando se promulgue una ley penal que quite al hecho el carácter de punible o disminuya la pena establecida" (subrayado de la Sala).

El Código Penal que fue derogado en 2005 establecía, respecto del delito de homicidio intencional:

"**Artículo 408**. En los casos que se enumeran a continuación se aplicarán las siguientes penas:

1°) Quince a veinticinco años de presidio a quien cometa el homicidio por medio de veneno o de incendio, sumersión u otro de los delitos previstos en el Título VII de este libro, con alevosía o por motivos fútiles o innobles, o en el curso de la ejecución de los delitos previstos en los artículos 453, 454, 457, 460 y 462 de este Código.

(...) (subrayado de la Sala)".

El Código Penal vigente, respecto del mismo delito, establece:

"Artículo 406. En los casos que se enumeran a continuación se aplicarán las siguientes penas:

1°) Quince a veinte años de prisión a quien cometa el homicidio por medio de veneno o de incendio, sumersión u otro de los delitos previstos en el Título VII de este libro, con alevosía o por motivos fútiles o innobles, o en el curso de la ejecución de los delitos previstos en los artículos 449, 450, 451, 453, 456 y 458 de este Código.

(...).

Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados en los numerales anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de pena" (subrayado de la Sala).

La Ley Sobre el Hurto y Robo de Vehículos Automotores, establece:

"**Artículo 5. Robo de vehículos automotores**. El que por medio de violencia o amenazas de graves daños inminentes a personas o cosas, se apodere de un vehículo automotor con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, será sancionado con pena de presidio de ocho a dieciséis años. La misma pena se aplicará cuando la violencia tenga lugar inmediatamente después del apoderamiento y haya sido empleada por el autor o el partícipe para asegurar su producto o impunidad" (subrayado de la Sala).

Artículo 6. Circunstancias agravantes. La pena a imponer para el robo de vehículo automotor será de nueve a diecisiete años de presidio si el hecho punible se cometiere:

(...)".

El Código Penal vigente recoge en su Título VIII del Libro Primero, las fórmulas de conversión de penas aplicables en caso de concurrencia de hechos punibles, en efecto:

"**Artículo 87.** Al culpable de uno o más delitos que merecieren penas de presidio y de otro u otros que acarreen penas de prisión, arresto, relegación a colonia penitenciaria, confinamiento, expulsión del espacio geográfico de la República, o multa, se le convertirán éstas en la de presidio y se le aplicará solo la pena de esta especie correspondiente al delito más grave, pero con el aumento de las dos terceras partes de la otra u otras penas de presidio en que hubiere incurrido por los demás delitos y de las dos terceras partes también del tiempo que resulte de la conversión de las otras penas indicadas en la de presidio.

La conversión se hará computando un día de presidio por dos de prisión, por tres de arresto, por cuatro de relegación a colonia penitenciaria, por cinco de confinamiento o expulsión del espacio geográfico de la República, y por sesenta unidades tributarias (60 u.t.) de multa" (subrayado de la Sala).

2.1 El artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela da preferencia a la aplicación de las fórmulas alternas al cumplimiento de penas privativas de libertad; sin embargo, es obvio que no excluyó la coexistencia de las sanciones reclusorias. La referida norma establece la existencia de dicho régimen, para el cumplimiento con penas corporales privativas de libertad, con la exigencia o garantía de que, mediante al ejecución del mismo, se asegure la rehabilitación del penado y el respeto a los derechos humanos de este último.

Por otra parte, el constituyente no excluyó el presidio, de suerte que, siendo el mismo una especie de pena reclusoria que está permitida por la Constitución, la supervivencia de dicho castigo en la legislación ordinaria no supone, de manera alguna, antinomia del Código Penal con la Ley Máxima. Así mismo, tampoco puede concluirse que se trate de una sanción infamante, por razón del trabajo forzado al que quedaría sometido el reo. Tal conclusión, por parte de la Corte de Apelaciones, revela un su-

en Venezuela, ya que, de una simple ojeada a la Ley de Régimen Penitenciario, debe afirmarse que el trabajo dejó de tener carácter aflictivo, en todas las modalidades de penas corporales, y pasó a ser considerado por el legislador como una herramienta de tratamiento y rehabilitación, razón por la cual se advierte que no hay diferencia entre el presidio y la prisión, salvo en lo que se refiere a las penas accesorias.

2.2 En relación con el argumento que expresaron los jueces de la Sala n.° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, en el fallo que se encuentra sometido a revisión, de que *"la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, de fecha 13 de Abril de 2005, ciertamente, viene a mejorar ostensiblemente la situación del reo, tanto en lo que respecta el quantum de la pena como a la modalidad o especie, toda vez que en el artículo 406 ordinal 1° del texto en mención, aparte de disminuir la pena de quince a veinte años de prisión, en comparación a la de quince a veinticinco años de presidio que preveía el artículo 408 ordinal 1° del Código Penal derogado, suprime la especie de presidio por la de prisión"*; observa la Sala que tal afirmación sería cierta si la referida reforma no hubiera incluido el parágrafo único en la precitada disposición, que implica, a diferencia de la norma reformada, el cumplimiento efectivo -en prisión- del total del *quantum* de la pena a imponerse, pues los condenados "*no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de pena*". En el caso que nos ocupa el penado fue condenado, en primera instancia, a cumplir la pena de veintidós años y un mes de presidio y, según lo preceptúa el artículo 501 del Código Orgánico Procesal Penal, contaba con la posibilidad de solicitar la fórmula alternativa de cumplimiento de pena de establecimiento abierto cuando hubiera cumplido por lo menos un tercio de la sanción que le fue impuesta, es decir, después de siete años y cuatro meses de presidio. Ahora, con la pena que le impuso la Corte de Apelaciones, el penado –de acuerdo con la norma supuestamente más favorable del Código Penal vigente- debería cumplir la totalidad de la pena que le fue impuesta por la comisión del delito de homicidio calificado, esto es, diecisiete años y seis meses de prisión, sin posibilidad del goce de beneficios procesales ni de la aplicación de alguna de las fórmulas alternativas al cumplimiento de pena. Así las cosas, esta Sala concluye que, por la razón que se examina, la Corte de Apelaciones vulneró el contenido del

artículo 470.6 del Código Orgánico Procesal Penal, que dispone que la revisión debe hacerse "*únicamente a favor del reo*" y, con ello, adicionalmente, lesionó el derecho fundamental del penado a la tutela judicial eficaz y al debido proceso, razón por la cual se concluye que el veredicto que se revisa está afectado por un vicio no subsanable que debe dar lugar a la declaración de nulidad del mismo, de conformidad con los artículos 191 y 195 del Código Orgánico Procesal Penal, y así se declara.

2.3 La Sala n.° 1 de la Corte de Apelaciones del Estado Carabobo, en el fallo que nos ocupa, revisó de oficio, por alegadas razones de orden público, las otras penas que le habían sido impuestas al procesado, por la comisión de los delitos de robo agravado de vehículo automotor, en grado de complicidad, y porte ilícito de arma de fuego. Sobre tal respecto concluyó que, por cuanto existía concurrencia real de delitos, había que acudir a alguna de las reglas de conversión de penas, "*las cuales en ningún caso, sea la del artículo 87, o ya la del 88, ambas del Código Penal, llegan a disminuir la pena definitiva de VEINTIDÓS AÑOS (22) y UN (1) MES DE PRESIDIO, que impuso la revisada al penado JOSÉ GREGORIO FLORES PÉREZ*". Sin embargo, en el párrafo inmediatamente siguiente, afirmó que de aplicarse la regla de conversión de pena que establece el artículo 87 del Código Penal, que obliga a llevar todas las penas a presidio, es decir, tomar al delito de robo como el más grave, porque es éste el que tiene señalada pena de presidio y "*acumular a esta las penas resultantes del homicidio y del Porte, convirtiendo dos días de estos por uno de presidio, lo cual si bien reduciría drásticamente el monto de la pena, puesto que la rebaja dejaría la pena en Trece años y Diez meses de presidio, lo que viene a constituir un doble contrasentido, primero, porque al considerar el robo como el delito más grave, se estaría colocando el Bien jurídico de la vida por debajo del Bien de la Propiedad (…), y en segundo lugar, porque con la aplicación de la mencionada regla se estaría ratificando el presidio como modalidad (…)*". Así las cosas, la Sala n.° 1 de la Corte de Apelaciones del Estado Carabobo, sin referencia al derecho positivo en Venezuela sino a una supuesta fuente de derecho comparado y una igualmente supuesta voluntad legislativa, dispuso la desaplicación parcial los artículos 5 y 6 de la Ley Sobre el Hurto y Robo de Vehículos Automotores, en lo que se refiere a la especie de la pena de presidio, la cual, por efecto de dicha desaplicación, convirtió en prisión. Observa la Sala, en primer lugar, que el control difuso autoriza la desaplicación

de una norma, pero no la creación de penas distintas a las que el legislador preceptuó. En otros términos, la Corte de Apelaciones innovó en materia que es de reserva legal, como es la creación de los tipos penales, con inclusión, por supuesto, de la pena, porque la punibilidad es un elemento esencial del tipo. En segundo lugar, la Corte de Apelaciones debió aplicar las reglas de conversión que están contenidas en el artículo 87 de Código Penal y si consideraba que tal norma colidía con la Constitución de la República, así debió expresarlo, mediante decisión debidamente motivada. En el asunto que nos ocupa, la Corte de Apelaciones decidió, en manifiesto perjuicio del penado, sin fundamentación alguna, la desaplicación de la regla de conversión que contiene el referido artículo de la ley penal sustantiva. Así, prefirió la protección de la capacidad civil de ejercicio, de la cual se encontraba privado el penado por razón de la pena de presidio que le había sido impuesta, en menoscabo de su derecho a la libertad personal, al cual se le reconoce primacía después del derecho a la vida, de suerte que si, como lo estimó la Corte de Apelaciones, debía decretarse una tutela de acuerdo con el orden jerárquico de los derechos fundamentales de la persona humana, debió entonces hacer primar el derecho a la libertad personal sobre el de ejercicio de los derechos civiles, de cuya titularidad, por cierto, no se privó al penado, a quien el legislador amparó, mediante la designación de un tutor para dicho ejercicio. De modo que, si la Corte hubiese aplicado, como era su deber, la norma de conversión en referencia, la pena privativa de libertad habría quedado limitada, en definitiva, tal como ella misma lo reconoció, a trece años y diez meses de presidio, término este manifiestamente más favorable que los veintidós años y un mes de presidio a que lo sentenció, aun cuando persistiera la limitación al ejercicio de sus derechos civiles, todo lo cual es constitutivo de vicios no subsanables que son una razón adicional para la declaración de nulidad de la decisión que fue sometida a revisión, y así se declara.

De conformidad con las conclusiones que anteceden, estima la Sala que, de la revisión a la cual, con arreglo al artículo 336.10 de la Constitución, ha sido sometida, en la presente causa, la decisión de 11 de octubre de 2006, mediante la cual la Sala n.° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, decretó la desaplicación parcial de los artículos 5 y 6 de la Ley Sobre Hurto y Robo de Vehículos Automotores, tal pronunciamiento constituyó un errado control

constitucional, lo cual debe conducir, como se indicó *supra*, a la declaración de nulidad del fallo en cuestión y a la reposición de la causa al estado de que la Corte de Apelaciones decida, nuevamente, respecto de la antes referida solicitud de revisión que interpuso la Defensora Pública Vigésima del Estado Carabobo, con estricta sujeción al contenido del presente fallo y así se declara.

2.1.6. Pena de confinamiento.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 812, Fecha: 11/05/2005

Por otra parte, respecto del derecho contenido en el artículo 75 de la Constitución –también invocado para fundamentar la desaplicación de la norma- acota la Sala que el mismo, como expresión de uno de los derechos sociales y de las familias, responde a la obligación del Estado de proteger a la familia, en tanto que la misma constituye la célula fundamental de la sociedad. Por ende, para nada colide con dicho derecho, la norma legal desaplicada, ya que el hecho de que el condenado a pena de confinamiento deba residir en un Municipio que diste no menos de cien kilómetros tanto de aquel donde se cometió el delito como de aquellos donde estuvieren domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia, no hace imposible su rehabilitación y reinserción social.

Por último, quiere acotar la Sala, que la norma jurídica -desaplicada parcialmente- impone obligaciones al condenado, por lo cual la inobservancia de la misma le acarrea, a su vez, sanciones y responsabilidades. En efecto, el incumplimiento por el penado del artículo 20 del Código Penal, no sólo conlleva que éste se convierta en reo del delito de quebrantamiento de condena, sino que además pierde la posibilidad del otorgamiento de cualquier beneficio penitenciario.

En consecuencia, juzga la Sala no ajustado a derecho, el fundamento esgrimido por el Juez Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, para desaplicar parcialmente el artículo 20 del Código Penal, respecto a la obligación del condenado a la pena de confinamiento *“de residir, durante el tiempo que dure la condena, en*

el Municipio que indique la sentencia firme que la aplique, no pudiendo designarse al efecto ninguno que diste menos de cien kilómetros tanto de aquel donde se cometió el delito como de aquellos que estuvieren domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia”, con base en su evidente contradicción con los artículos 75 y 272 constitucionales.

Es por ello, que esta Sala Constitucional debe anular la decisión dictada el 7 de octubre de 2004, en lo que se refiere a la desaplicación parcial del artículo 20 del Código Penal, relativo a la obligación del condenado a la pena de confinamiento *“de residir, durante el tiempo que dure la condena, en el Municipio que indique la sentencia firme que la aplique, no pudiendo designarse al efecto ninguno que diste menos de cien kilómetros tanto de aquel donde se cometió el delito como de aquellos que estuvieren domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia”.* En consecuencia, se ordena al referido Juzgado de Ejecución designe para el cumplimiento de la pena de confinamiento impuesta al ciudadano José Damián Escalante Escalante, un Municipio o localidad que cumpla con las exigencias del señalado artículo 20, y así se declara.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 130, Fecha: 01/02/2006

2. Sobre la sanción de arresto y las denuncias de violación a los derechos de libertad personal, juez natural y defensa:

La parte actora, con la que coincidió el Ministerio Público, afirmó que los artículos 82 a 86 y el artículo 94 del Código impugnados violan derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República, pues facultan a autoridades administrativas para ordenar arrestos, cuando –en su criterio- ello es sólo competencia de los órganos judiciales, y siempre que medie la comisión de una falta prevista en ley nacional y que se prevean suficientes garantías procesales.

Al respecto esta Sala observa que se ha demandado la anulación parcial de una ley estadal por conferir competencia a órga-

nos administrativos, tanto estadales como municipales (Gobernador de Estado, Comandante General de las Fuerzas Armadas Policiales, Comandantes de Policía de Unidades Operativas, Prefectos de Distrito, Alcaldes, Jefes Civiles, Comandantes de Policía Municipal) para imponer *"sanción de arresto"*. Se trata de los artículos 82 a 86 del Código de las Fuerzas Armadas Policiales, cuyos textos son del siguiente:

"Artículo 82: El Gobernador de la Entidad Federal podrá imponer multas o arrestos hasta por ocho días, mediante resolución razonada, para mantener el orden, la moral, la decencia pública, la seguridad social y la protección de las personas y sus bienes.

Parágrafo Único: El Gobernador del Estado Yaracuy queda exclusivamente facultado para imponer las penas de confinamiento o expulsión".

Artículo 83: El Comandante General de las Fuerzas Armadas Policiales podrá imponer sanción de arresto hasta por cinco días.

Artículo 84: Los Comandantes de Policía de Unidades Operativas podrán imponer sanción de arresto hasta por setenta y dos horas.

Artículo 85: Los Prefectos de Distritos podrán imponer sanción de arresto hasta por setenta y dos horas.

Artículo 86: Los Alcaldes de Municipio, Jefes Civiles, y los Comandantes de Policía de esas jurisdicciones, podrán imponer sanción de arresto hasta por setenta y dos horas".

Como se observa, en esas normas se faculta a las distintas autoridades administrativas para ordenar arrestos, con una sola diferencia: la privación de libertad será de menor o mayor duración dependiendo del funcionario que la imponga (desde las 72 horas hasta los 8 días). Por su parte, el artículo 94 del Código impugnado permite otra manera de ordenar el arresto: mediante la conversión de las multas. Dicho artículo establece:

"Artículo 94: Cuando se hubiere impuesto una multa y el sancionado no pudiera satisfacerla tendrá derecho a solicitar que se le conmute en arresto".

Los impugnantes expusieron en su libelo que, con base en el transcrito artículo 82, el Gobernador del Estado Yaracuy dictó los Decretos Nº 520 y 524, del 14 y 17 de diciembre de 1998, y ordenó el arresto por ocho días de trece ciudadanos, entre los que se encontraba uno de los accionantes (Nelson Adonis León), por subvertir el orden público, la decencia pública, la seguridad social y por irrespetar la investidura del Gobernador del Estado. En criterio de la parte actora, la existencia del referido Código de Policía del Estado Yaracuy amenaza continuamente a la ciudadanía, y permite violaciones al derecho a la libertad personal, al debido proceso, a la defensa, a ser juzgado por el juez natural y al libre tránsito. Por ello, solicitaron la anulación de las seis disposiciones transcritas.

Ahora bien, resulta oportuno destacar que en sentencia del 29 de mayo de 2003 (Nº 1372, dictada en este mismo caso, con ocasión del pronunciamiento sobre la posible perención de la instancia), la Sala sostuvo, sin pretender menospreciar el resto de los derechos, que la libertad personal destaca, desde el origen mismo del Estado moderno, en el conjunto de los derechos fundamentales. No es casual –se destacó- que haya sido la libertad personal una de las primeras manifestaciones de derechos particulares que se conoció en la evolución histórica de los derechos humanos.

De hecho -y así lo resaltó también la Sala en ese fallo del 29 de mayo de 2003-, existe una acción especial que sirve para proteger la libertad personal: el habeas corpus. Basta recordar –y asimismo lo hizo la Sala- que durante la vigencia de la Constitución de 1961, si bien erradamente se entendió que no podía existir la acción de amparo mientras no se hubiera dictado la ley que la regulase, no se negó la procedencia del hábeas corpus, acción de tanta importancia que el propio Constituyente le dedicó una norma especial, en la que reguló ciertos aspectos procesales. De esta manera, ***la libertad personal es principio cardinal del Estado de Derecho venezolano.***

Otro de esos principios cardinales es el de la reserva legal. Así, la historia constitucional venezolana ha venido marcada por la permanente previsión de una reserva de ley a favor del Poder Nacional, inspirada en las más avanzadas corrientes políticas y jurídicas, a fin de evitar que ciertas materias de especial trascendencia sean reguladas por órganos distintos al Parla-

mento, depositario de la voluntad popular -según la concepción clásica-, ni por actos diferentes a la ley, único texto -también según la doctrina clásica- rodeado de las garantías imprescindibles para legitimar la imposición de conductas a la población.

La lista de materias reservadas al legislador nacional siempre ha sido larga, en especial en un Estado como el venezolano, que incluso en épocas de sedicente federalismo, ha adoptado figuras cercanas al Estado unitario y centralizado. Por supuesto, la única manera de saber en cada ordenamiento cuáles son las materias de la reserva legal es a través de la consulta del texto constitucional: éste enumera los casos; fuera de ellos, se autoriza la normación por otros órganos o por otros actos, siempre que se respeten los principios de la competencia y de jerarquía.

La legislación *penal* tradicionalmente ha sido reservada entre nosotros al Poder Nacional, de la misma manera en que se ha hecho en los ordenamientos jurídicos que han servido de inspiración o referencia al nuestro. Así lo establecía el número 24 del artículo 136 de la Constitución de 1961, vigente para la fecha de interposición del presente recurso, y lo hace el actual Texto Fundamental, el cual ratifica dicha reserva en el numeral 32 del artículo 156.

La razón de esa reserva legal al Poder Nacional es evidente, sobre todo al pensar en la realidad histórica en que surgió dicho principio: la tipificación de ciertas conductas como punibles debe venir rodeada de las máximas garantías, y la mayor de ellas es la de ser establecida por el propio pueblo a través de los representantes que ha elegido y por un acto con vocación de estabilidad y que es fácilmente conocido por todos, como es la ley. Así, ningún órgano distinto de la Asamblea Nacional (o el Presidente de la República, en caso de mediar habilitación) ni un acto que carezca de rango de ley (nacional) servirían para garantizar efectivamente la protección que merece el individuo y la necesidad de conocer con precisión las posibles *consecuencias penales* de sus conductas.

Reconoce la Sala que los órganos deliberantes regionales o locales también son –al menos en Venezuela- representantes de la voluntad del pueblo que les eligió y asimismo admite la Sala que de esos órganos emanan actos con idéntica abstracción y

generalidad que la ley nacional. Ello, sin embargo, no puede conducir a perder de vista la inconveniencia de que cada ente menor –estados o municipios- regule la materia *penal* de manera distinta, en posible atentado a la seguridad jurídica, la cual exige que todo habitante del territorio nacional sepa de antemano la legislación penal a la que está sujeto. Por ello, la legislación *penal* sólo puede ser nacional, y así lo consagra expresamente nuestra Constitución.

No puede olvidarse que la libertad personal es un derecho inalienable de todos los venezolanos y extranjeros que residen en el territorio de la República. De ella sólo puede privarse o únicamente puede ser restringida con razón suficiente: la comisión de un hecho que la ley nacional (la sociedad, a través de sus representantes parlamentarios o excepcionalmente el Presidente de la República) ha calificado como delictual.

La necesidad de proteger a la sociedad frente a ciertas conductas –castigándolas, dando con ello a la vez ejemplo de desaprobación y procurando luego la corrección de una conducta delictual- aconsejan privar a ciertas personas de su libertad, pero no implica la posibilidad de desproteger a la colectividad, sometiéndola a la incertidumbre. La reserva legal nacional, sin que sea tal vez el medio óptimo para ello, es hasta ahora el mejor que se ha ideado.

Por supuesto, la reserva de la materia penal a favor del Poder Legislativo Nacional no implica el rechazo a la posibilidad, para órganos distintos al Parlamento Nacional, de calificar como faltas ciertas conductas y, al hacerlo, prever una sanción. Por ello, desde hace mucho se reconoce la existencia de un Derecho Administrativo Sancionador como disciplina jurídica distinta del Derecho Penal, y a la precisión del ámbito de cada uno se han dedicado ingentes esfuerzos doctrinales.

Se parte de esta idea: la *penalización* de conductas exige celo especial, debido a sus graves consecuencias, pero no puede extremarse al punto de desconocer la necesidad de que conductas menores, pero censurables, encuentren sanción sin tener que estar previstas en la ley nacional. Ello es frecuente, en el sistema venezolano de repartición del poder, en el ámbito municipal, pues los Municipios deben contar con la potestad para sancio-

nar conductas que violen deberes que se imponen a los administrados con ocasión de las diversas competencias locales, como puede ser el caso del urbanismo.

Para comprender lo anterior debe tenerse en cuenta que resulta excesivo pretender que sólo la Asamblea Nacional pueda legislar sobre un asunto que sin duda tiene trascendencia –por algo se sanciona-, pero que no supera los linderos de una localidad (al respecto, sentencia Nº 1984, del 22 de julio de 2003, caso: *Semi Poliszuk Vaibish).*

Si bien los límites entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador pueden en ocasiones parecer difusos, con el peligro de que se confundan uno y otro, lo cierto es que existen. Pena y sanción son nociones equivalentes en el lenguaje ordinario, pero que admiten una diferenciación. Cada noción es el centro de atención de cada una de esas disciplinas jurídicas, y desde el nombre mismo de éstas puede ello notarse.

Lo imprescindible, entonces, es precisar si se está realmente en presencia de una materia penal, que como tal está reservada al legislador nacional: la tipificación de delitos y la previsión de penas constituye el ámbito del Derecho Penal, mientras que la consagración de faltas administrativas y sus correspondientes sanciones es el centro del Derecho Administrativo Sancionador. El primer caso pertenece al Poder Nacional; el segundo a cualquiera de los entes territoriales (ver el fallo citado *supra* de fecha 22 de julio de 2003).

No se trata, advierte la Sala de simple semántica: si bien puede darse el caso de delitos disfrazados de faltas administrativas y de penas disfrazadas de sanciones también administrativas -con lo que el nombre que reciben bien podría ser un eufemismo para ocultar una realidad-, lo cierto es que el dinamismo de la sociedad exige mayor sencillez para la sanción de determinadas conductas: no sería necesaria la ley nacional para ordenar la sanción de conductas censurables socialmente pero de escasa gravedad. La reserva legal en materia de sanciones existe siempre. Sólo que esa reserva es al Poder Nacional cuando se trata de penas.

Así, pese a las dificultades teóricas –en las que no debe entrar la Sala ahora- existe una nota esencial para distinguir el

Derecho Penal del Derecho Administrativo Sancionador: el primero suele caracterizarse por la sanción privativa o restrictiva de libertad, aunque no siempre deba preverla; el segundo jamás conocerá de las mismas, debiendo limitar su alcance a otras formas de sanción. De hecho, mientras que las multas son la sanción típica del Derecho Administrativo, ellas tienen poca importancia en el Derecho Penal, y en ocasiones son apenas el complemento de una pena de privación o restricción de libertad.

El legislador nacional podría convertir en delito, y sancionar con privación de libertad, conductas que podrían juzgarse como de escasa gravedad. Sin duda sería un exceso –controlable por la jurisdicción constitucional, en todo caso-, pero que en principio reúne las condiciones exigidas. Lo contrario sí sería totalmente inaceptable: la privación o restricción de la libertad personal es un límite infranqueable, sólo superable por la Asamblea Nacional, y antes por el Congreso de la República.

Los estados y los municipios pueden legislar sobre faltas administrativas, las cuales consisten en la violación de una regla de conducta cuyo control está a cargo de la Administración, en su carácter de tuteladora del interés colectivo. Como la Administración está encargada de velar porque la sociedad logre la satisfacción de sus necesidades, para ello puede quedar habilitada para sancionar a quienes infrinjan las normas que permitirían ese bienestar, siempre que la violación sea de escasa entidad y la sanción se corresponda precisamente con esa ausencia de gravedad. Es obvio que privar o restringir la libertad de las personas no guarda correspondencia alguna con el carácter administrativo de una falta.

Pero no se trata sólo de un asunto de reserva legal. La relevancia del derecho a la libertad personal implica la necesidad de una garantía adicional: *la imposición de las penas a que haya lugar sólo es competencia del Poder Judicial.* Así, respecto de las penas sólo pueden actuar el legislador nacional y los jueces: el primero para reglar la situación y el segundo para castigar al culpable según la tipificación previa.

Lo anterior implica otra diferencia entre penas y faltas administrativas. Cuando se trata de estas últimas la reserva legal no implica que la ley sea nacional, así como tampoco exige que el

órgano que imponga la sanción sea un juez, sino que ello le está permitido a la propia Administración, siempre que se respeten además las debidas garantías procedimentales. Los delitos y las penas, en cambio, están circunscritos al ámbito jurisdiccional.

La necesidad de intervención judicial para imponer penas que afecten la libertad personal también está prevista en la Constitución de la República, pues como derecho fundamental que es, se le ha regulado con detalle. El artículo 44 de la Carta Magna es la prueba del interés enorme del Constituyente en el derecho a la libertad personal. Se lee en él:

"Artículo 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida *in fraganti.* En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.
   La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad de la persona detenida no causará impuesto alguno.
2. Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o abogada o persona de su confianza, y éstos o éstas, a su vez, tienen el derecho a ser informados o informadas sobre el lugar donde se encuentra la persona detenida, a ser notificados o notificadas inmediatamente de los motivos de la detención y a que dejen constancia escrita en el expediente sobre el estado físico y psíquico de la persona detenida, ya sea por sí mismos o por sí mismas, o con el auxilio de especialistas. La autoridad competente llevará un registro público de toda detención realizada, que comprenda la identidad de la persona detenida, lugar, hora, condiciones y funcionarios o funcionarias que la practicaron.
   Respecto a la detención de extranjeros o extranjeras se observará, además, la notificación consular prevista en los tratados internacionales sobre la materia.
3. La pena no puede trascender de la persona condenada.

No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años.
4. Toda autoridad que ejecute medidas privativas de la libertad estará obligada a identificarse.
5. Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta".

En ese artículo están contenidas las reglas para tutelar la libertad personal. En ellas se observa claramente la existencia de otros derechos: *defensa y debido proceso.* Recuérdese que la defensa es el instrumento básico del proceso y ambos son esenciales en la garantía del derecho a la libertad. Son derechos íntimamente unidos, lo que se ve con facilidad en el presente recurso, en el cual los actores continuamente los relacionan. De la libertad puede privarse, en ciertos casos (tipificación legal), pero es necesario que se haga de cierta manera (por previsión de ley nacional, con decisión judicial y mediante un proceso con garantías).

Precisamente es esta última palabra la fundamental: *garantías.* Todo, desde el principio de legalidad, pasando por el derecho al juez natural y el debido proceso con oportunidad de defensa, son las garantías ciudadanas, que protegen muchos de sus derechos (y los valores de la sociedad), pero en especial el de la libertad. La Sala ya ha dejado sentados tales principios, por ser rectores del Estado de Derecho y, en consecuencia, ha anulado disposiciones similares a las del caso de autos (ver fallo Nº 1394 del 07 de agosto de 2001, caso: *"Código de Policía del Estado Bolívar").*

De los cinco cardinales del transcrito artículo 44 de la Constitución interesan en esta causa los dos primeros, pero en especial el 1, según el cual: "*Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso".*

En ese cardinal se pueden distinguir varios aspectos, todos relevantes en cuanto al derecho a la libertad:

- La libertad es la regla. Incluso las personas que sean juzgadas por la comisión de delitos o faltas deben, en principio, serlo en libertad.
- Sólo se permiten arrestos o detenciones si existe orden judicial, salvo que sea la persona sorprendida *in franganti.*
- En caso de flagrancia, sí se permite detención sin orden judicial, pero sólo temporal, para que en un plazo breve (48 horas) se conduzca a la persona ante la autoridad judicial.

Ese artículo impone una obligación en salvaguarda del derecho: la de intervención de los jueces para privar de libertad a una persona. De hecho, la garantía del *juez natural* presupone la existencia de un *juez*. El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas.

Precisamente a ese aparato administrativo, enorme y por lo general más dotado en personal y recursos materiales que el judicial, se le encomienda una labor básica en relación con la justicia: la de *colaborar con ella*. Las fuerzas de policía son, en realidad, imprescindibles en la labor de los tribunales penales. Las policías aprehenden a personas en el mismo momento en que se les observa cometiendo el hecho tipificado como punible o investigan para dar con los sospechosos y solicitar del tribunal que les permita capturarlos y ponerlos luego a sus órdenes.

Los jueces, así, juzgan a quienes los órganos policiales suelen traer ante ellos. Sin órganos de policía el sistema de justicia estaría incompleto. Negar a los cuerpos policiales el poder para efectuar detenciones cuando en sus tareas diarias observan cómo algunas personas violan la ley o cuando se esfuerzan en investigar para descubrir quién lo ha hecho, implicaría vaciar de contenido su misión, en franco perjuicio para la colectividad.

Lo que no puede permitirse es que los órganos policiales cuenten con el poder para ser ellos mismos los que sancionen o que se les permita alargar las detenciones antes de poner a las

personas frente a los jueces. Tal vez sólo en sociedades extremadamente refinadas los cuerpos policiales pueden proporcionar garantías suficientes.

La misión de los órganos de policía es, entonces, fundamental (la seguridad de los ciudadanos) y sus medios *deben* ser proporcionales, pero no puede ocultarse que, por su magnitud, la Administración (de la que la policía forma parte) es la que necesita control para evitar los excesos en que pudiera incurrir en el ejercicio de sus poderes.

Ahora bien, la relevancia de las competencias de los cuerpos policiales no elimina su carácter de órganos auxiliares de los órganos que imparten justicia (los jurisdiccionales). Los órganos de policía tienen competencias que no son de auxilio judicial, como la vigilancia callejera, el control del orden público, la advertencia a la ciudadanía sobre su proceder indebido, entre otras. Su sola presencia es motivo, cuando trabajan correctamente, para dar tranquilidad a la colectividad. Lo que no tienen autorizado es, so pretexto del control del orden público y de la seguridad ciudadana, detener personas. Los dos únicos supuestos en que pueden hacerlo ya se han mencionado: si son capturadas *in fraganti* en la comisión de un delito o si un juez dicta una orden en tal sentido para que sea ejecutada por la Administración.

En esos casos, en los que la conducta del ciudadano podría dar lugar a la sanción de privación de libertad, los cuerpos policiales son auxiliares de los tribunales y, como tales, parte del sistema de justicia, como lo son incluso los ciudadanos por mandato expreso de la Constitución (Artículo 253: "*[...] El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio*").

En fin, las detenciones (como vocablo genérico para identificar a cualquier medida de privación de libertad) pueden ser de dos tipos:

- Como sanción (presidio, prisión o arresto, según el Código Penal venezolano).
- Como medida preventiva (detención administrativa preliminar a efectos de poner a la persona en manos de los tribunales; o detención ordenada por un juez directamente por estimar que hay razones que aconsejan el proceso sin libertad).

En realidad las detenciones, si se observa con el debido detenimiento, sólo pueden venir justificadas por la existencia de una sanción o la posibilidad de imponerla. No existe posibilidad de detenciones si no hay la comisión de un hecho punible (respecto del cual se haya capturado in franganti a una persona o se sospeche su culpabilidad). No tienen cabida, pues, las detenciones –ni judiciales ni administrativas- en las que no haya hecho punible (previsto en ley nacional) que imputar, quedando a salvo, por supuesto, el poder disciplinario de los Jueces, que no es parte de su función jurisdiccional, que encuentra su fundamento en la necesidad de ordenar adecuadamente el desarrollo de la actividad procesal (ver sentencia Nº 1212 del 23 de junio de 2004, *caso: "Carlo Palli"*).

De esta manera, aunque existen dos razones por las que una persona puede estar detenida (porque ha sido ya sancionada con esa medida o porque está camino de ser procesado o siendo ya objeto del enjuiciamiento) en realidad la segunda está relacionada con la primera*: si no hay posibilidad de sanción (como medida definitiva) no hay posibilidad de detención provisional, por más breve que ésta sea.*

Los cuerpos policiales del Estado Yaracuy (y los de cualquier entidad federal o municipio; ni siquiera a través de sus Gobernadores o Alcaldes) jamás pueden arrestar como sanción definitiva. Sólo pueden hacerlo en los casos en que la ley nacional haya establecido un delito y haya previsto para esos hechos una sanción privativa de libertad. En esos casos, se ha visto, su tarea se limita a poner en manos del juez a la persona. *Son auxiliares de la justicia nacional; nunca –como se pretende en el caso del Código impugnado- la justicia misma.*

En conclusión:

1) Para todas las sanciones existe la reserva legal (ley na-

cional, ley estadal u ordenanza).

2) Para las penas la reserva legal es nacional.
3) Si se está en presencia de infracciones de naturaleza administrativa, los órganos ejecutivos son competentes para imponer la sanción.
4) Si se trata de penas su imposición está reservada al Poder Judicial.
5) En los casos de previsión de delitos y penas, los órganos policiales pueden efectuar detenciones preventivas, siempre que hubieren sorprendido *in franganti* al infractor o que hayan sido autorizados por un juez.

Por todo lo anterior, la inconstitucionalidad de los artículos 82 al 86 del Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yaracuy radica en que en ellos se prevén arrestos administrativos como sanciones definitivas, olvidándose de que constitucionalmente sólo corresponde al Poder Nacional: 1) la tipificación de delitos y la previsión sobre su sanción (Poder Legislativo); y 2) el enjuiciamiento de la persona que ha cometido el hecho punible y la imposición de la pena (Poder Judicial). La Administración (de cualquier entidad territorial) sólo tiene la posibilidad de colaborar con el Poder Judicial. Los Estados no pueden, en consecuencia, ni dictar normas penales ni autorizar a sus cuerpos administrativos a ordenar sanción de arresto. Deben los cuerpos policiales ajustar su conducta, en lo relacionado con delitos, a la de colaboradores del Poder Judicial.

La situación es especialmente grave en un caso como el de autos cuando se repara en las causas que pueden llevar al arresto: *"mantener el orden, la moral, la decencia pública, la seguridad social y la protección de las personas y sus bienes".* Podría afirmarse que todo el Código Penal (texto legal de nivel nacional) y todas las normas penales contenidas en leyes especiales (tambien nacionales) se han dictado para proteger esos valores y bienes (llamados jurídicamente tutelables). Ello, sin embargo, no es motivo para olvidar un principio básico: el de tipicidad.

Resulta realmente asombroso constatar cómo en un solo artículo (el 82, pues los siguientes sólo constituyen limitaciones a la duración del arresto según el órgano que lo impone) se pretende resumir todo el ordenamiento penal. Por más que el artículo 82 exija una resolución motivada para que se ordene el arresto, lo

cierto es que será muy fácil motivarlo: bastará afirmar (quizás con razón) que se ha pretendido mantener el orden o proteger personas y bienes.

Esa redacción del artículo 82 constituye un retroceso en el Derecho Penal (en realidad en el Derecho Constitucional, que es su base). Sin descripción del *tipo* no cabe hecho punible. *No es posible, en un artículo, compendiar todas las infracciones sancionables y dejarlas, además, en manos de la policía y no de los tribunales.*

Como se ve, la Sala observa que las normas impugnadas están viciadas de nulidad por las siguientes razones:

- Los estados ni los municipios pueden dictar normas penales que tipifiquen delitos o faltas sancionables con privación (o restricción) de libertad.
- Las normas penales no pueden conferir potestad a los órganos administrativos para que sean éstos los que impongan las sanciones privativas (o restrictivas) de libertad, salvo que se trate del caso previsto en la Constitución (detención in fraganti con miras a poner a la persona a disposición de los tribunales).
- Las normas penales deben necesariamente contener la descripción del tipo (*nulum crimen nullum poena sine lege*).
- Invade la reserva legal (artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Nada de eso ocurre en el caso de autos: una ley estadal (en lugar de nacional) faculta a una autoridad administrativa (y no a la judicial) imponer una medida privativa de libertad con carácter de sanción definitiva (en lugar de cautelar) en casos en que la falta ni siquiera es precisa (sin atender al deber de tipificación), con lo que en definitiva se corre el riesgo de la arbitrariedad y el descontrol, y la negación de la función de administración de justicia, que es garantía del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, según lo consagra el artículo 2 de la Carta Magna, y el valor de la libertad expresamente señalado como valor superior del ordenamiento jurídico.

Las anteriores consideraciones obligan tambien a declarar que la conversión de multas en arrestos que permite el artículo

94 del Código impugnado es inconstitucional, por cuanto aunque las autoridades administrativas sí pueden imponer multas (siempre que exista una legislación nacional en tal sentido) no puede habilitarse a cualquier órgano administrativo a convertir la multa en arresto, todo ello sin que la Sala deje de reparar en la curiosa fórmula (común a otras leyes, según ha podido constatar en otros procesos de nulidad), según la cual quien no pudiera satisfacer una multa tendrá *derecho* a que se le conmute en arresto. Curioso (y reprochable) derecho, que consiste en admitir un desmejoramiento individual.

Por todo lo expuesto, la Sala considera que los artículos 82 al 86 y el artículo 94 del Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yaracuy están viciados de nulidad absoluta. Así se declara. Sobre el parágrafo único del artículo 82, que no contiene sanción de arresto sino* "penas de confinamiento y expulsión"** ***se pronunciará la Sala a continuación.

3. Sobre las penas de confinamiento y expulsión y la denuncia de violación del derecho al libre tránsito:

Aparte de la sanción de arresto, el Código de las Fuerzas Armadas Policiales contiene dos penas más: confinamiento y expulsión. Lo dispone así el parágrafo único del artículo 82, según el cual:

"El Gobernador de la Entidad Federal queda exclusivamente facultado para imponer las penas de confinamiento o expulsión".

Según la parte actora esa disposición es nula, por cuanto *"faculta al Gobernador del Estado Yaracuy para imponer penas de confinamiento o expulsión",* en violación del derecho constitucional al libre tránsito por todo el territorio nacional. En criterio de los accionantes, los órganos del Poder Público no pueden *"establecer penas de extrañamiento, salvo a solicitud del mismo reo y como conmutación de otra pena, es decir, debe existir una sentencia judicial condenatoria previa".*

El Ministerio Público sostuvo, al respecto, *que "las penas de expulsión y confinamiento (…) están establecidas en el artículo 9 del Código Penal como penas corporales de naturaleza represiva*

y restrictivas de la libertad y son competencia exclusiva de los jueces penales”. Es parecer de la representación fiscal que *“sólo a través de una ley nacional es posible establecer limitaciones al derecho al libre tránsito por el territorio nacional”,* si bien aclara que *“sin embargo no pueden aplicarse penas de expulsión del país y menos aún puede la Administración sancionar con confinamiento a algún particular, como lo señala la norma impugnada que confiere al Gobernador la potestad de imponer las penas de confinamiento y expulsión del territorio del Estado, lo que no está dentro de sus atribuciones, en razón de la inexistencia de una norma legal de carácter formal que lo faculte para ello”.*

Al respecto observa la Sala:

Aunque los demandantes centraron su denuncia contra las penas de confinamiento y expulsión en la violación del libre tránsito, *lo cierto es que esa disposición está afectada por el mismo vicio existente en el resto de las normas impugnadas: la violación de la reserva legal nacional y el derecho a ser condenado por jueces.*

De esta manera, se ha insistido en el apartado anterior que no existe posiblidad alguna de que las entidades federales tipifiquen delitos y faltas para sancionar tales hechos con penas privativas o *restrictivas* de la libertad, por lo que escapan de su poder no sólo los arrestos *sino también las medidas de confinamiento y expulsión.*

En efecto, existen penas *privativas* de libertad (como es entre nosotros el presidio, la prisión y el arresto) y otras que se entienden como *restrictivas* de la libertad. En las primeras se coloca al penado en lugar cerrado (pena de tipo carcelario), por lo que se le *priva* de su libertad. En las segundas, en cambio, se le *restringe* su libertad y el libre tránsito, sin que implique su encierro en una institución. A las segundas corresponden las penas de confinamiento y expulsión. Ambas medidas han sido objeto de críticas y defensas, pues no han faltado quienes las consideran justas y provechosas para la sociedad y quienes las juzgan, por el contrario, innecesariamente injustas y carentes de ventajas.

Es el Código Penal –no lo hace en ningún momento el Código de las Fuerzas Armadas del Estado Yaracuy- el texto que define

tanto a la pena de confinamiento como a la de expulsión, de la manera siguiente:

“Artículo 20: La pena de confinamiento consiste en la obligación impuesta al reo de residir durante el tiempo de la condena, en el municipio que indique la sentencia firme que la aplique, no pudiendo designarse al efecto ninguno que diste menos de cien kilómetros, tanto de aquel donde se cometió el delito, como de aquellos en que estuvieren domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito, y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia.

El penado estará obligado, en comprobación de estar cumpliendo la sentencia y mientras dure la condena, a presentarse a la Jefatura Civil del Municipio con la frecuencia que el Jefe Civil indique, la cual no podrá ser más de una vez cada día ni menos de una vez por semana.

Es pena accesoria a la de confinamiento la suspensión, mientras se la cumple, del empleo que ejerza el reo”.

Artículo 21: La expulsión del espacio geográfico de la República impone al reo la obligación de no volver a ésta durante el tiempo de la condena. Esta pena comporta como accesoria la misma indicada en el aparte final del articulo anterior”.

Según las normas transcritas, la pena de confinamiento consiste en la obligación de residir en una población determinada durante el tiempo de ejecución de la condena. Así, sin necesidad de encierro en un estableciendo penitenciario, se impide que el penado salga de un lugar que se le fija como residencia obligatoria.

La finalidad del confinamiento es alejar al condenado del lugar en que se cometió el hecho punible, ya sea para poner distancia entre él y las personas víctimas del delito o sus familiares y allegados (en especial si se trata de una pena sustitutoria del presidio o la prisión), o para dificultar la influencia que la persona tiene en el lugar de su residencia habitual (lo que ha sido especial y desafortunadamente aplicado en regímenes de limitación de derechos de expresión política, con la intención de que el penado tenga escasa ocasión de divulgar su mensaje, sin tener que recurrir a la cárcel).

La pena de expulsión tiene finalidad similar, pero por medio enteramente distinto: en lugar de confinar a la persona a una población concreta, se le *destierra* del lugar donde se le condena, quedando en libertad para desplazarse por cualquier otro. La expulsión o destierro del país, como el confinamiento, ha sido también mecanismo de represión de la disidencia, hoy en día prohibido por la Constitución, que no permite expulsar del territorio nacional a los venezolanos, lo cual constituye un evidente avance en la garantía de los derechos.

En efecto, el único aparte del artículo 50 de la Carta Magna ordena:

"Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos o venezolanas".

Ya la Constitución de 1961 lo disponía como principio, aunque aceptaba su aplicación como excepción, siempre que fuera el propio reo el que lo solicitase a fin de conmutar otra pena. Así, el artículo 64 del derogado Texto Fundamental consagró:

"Ningún acto del poder público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos, salvo como conmutación de otra pena y a solicitud del reo".

La prohibición del extrañamiento (expulsión, destierro, deportación) de nacionales fue, durante años, reclamo de los especialistas en materia penal y penitenciaria, al entender que se trata de una medida injusta, por desproporcionada y dolorosa. De hecho, implica incluso una contradicción con otros principios penales, como el de prohibición de la extradición de nacionales: de esta manera, si un nacional de un Estado no puede ser extraditado a otro Estado, sin importar el delito, existe poca o ninguna justificación para que sí se le pueda expulsar del territorio, impidiéndole el retorno a su país.

El confinamiento y la expulsión están hoy concebidas como dos penas distintas, pero antaño se fundían en una: la expulsión y el confinamiento coincidían, ya que se enviaba a la persona normalmente a un lugar en que su movilidad era en exceso reducida, con frecuencia una isla. El Derecho Romano conocía bien esa figura: la *deportatio in insulam*, hoy superviviente en escasos países.

Las penas de confinamiento y expulsión existen en los códigos penales venezolanos desde tiempo ya lejano (1863, concretamente), pero la de expulsión ha sido la más discutida en los momentos en que se ha planteado la reforma de nuestra legislación penal. De hecho, la exposición de motivos del proyecto (no sancionado) de reforma del Código Penal de 1954 se lee:

"La pena de expulsión del territorio de la República se eliminó del cuadro penológico nacional, pues sólo figuraba como sanción en los delitos cometidos por eclesiásticos cuando hubieren violado las normas del patronato o atacaren las instituciones nacionales".

Por su parte, en la exposición de la reforma de 1974 se lee:

"La inconveniencia de mantener como pena principal el extrañamiento surge también del artículo 64 de la Constitución (...). Resulta entonces que establecer el extrañamiento como pena principal, equivale a aceptar que sólo debe aplicarse a los extranjeros, y no nos parece lógico que se haga tal cosa cuando de acuerdo con la Ley de Extranjeros la expulsión de los mismos puede hacerse por el Poder Ejecutivo, de conformidad con las disposiciones de dicha ley, en un acto que la doctrina ha catalogado como propio del ejercicio de la soberanía nacional y parece que la normativa de la Ley de Extranjeros es la más adecuada en salvaguarda de esta soberanía.

Creemos que tampoco puede establecerse como pena reemplazante dentro del sistema del Código, porque ésta es jurisdiccional y la mencionada Ley de Conmutación de Penas atribuye competencia al Ejecutivo para acordar la conmutación en razón de la índole política de los delitos a que dicha ley se refiere".

No corresponde a esta Sala pronunciarse ahora sobre la validez, en sí, de la pena de expulsión judicial de extranjeros. Lo cierto es que se trata de una competencia del Poder Nacional, y nunca de los estados, por mandato expreso del Texto Fundamental (artículo 156, número 4*: "Es de la competencia del Poder Público Nacional (...) 4. La naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros o extranjeras.(...)".*

De esta manera, la expulsión de extranjeros sí persiste en nuestro ordenamiento constitucional, lo que puede explicarse

con facilidad, por cuanto es valido constitucionalmente que una persona que no sea nacional del Estado donde delinque o comete falta se le conmine a abandonar el territorio. Es ello muy distinto al caso de un nacional que se le destierra de su propia patria: al extranjero se le permitía residir en ese Estado, pero nada obliga a mantener esa situación si el Estado considera que existen motivos para expulsarlo. Ello, por supuesto, tiene que ser objeto de gran ponderación, pues la expulsión de extranjeros, si bien permitida, nunca debe convertirse en mecanismo de represión.

Lo que carece de sustento constitucional es la expulsión de nacionales, tal como se ha indicado, lo que tampoco es una novedad en nuestro ordenamiento. Por el contrario, ya en decreto del Presidente Juan Crisóstomo Falcón, del 18 de agosto de 1836, se establecía la prohibición del extrañamiento de venezolanos del territorio nacional e incluso el confinamiento.

En cualquier caso, ***el establecimiento de penas de confinamiento y de expulsión es competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, como lo es el de toda pena privativa o restrictiva de la libertad personal. Por ello, no pueden los Estados (ni los municipios) establecer ninguna pena que implique la restricción de libertad o el libre tránsito, por lo que también escapan de su poder las penas de confinamiento y expulsión***, por lo que **la Sala declara también la nulidad del parágrafo único del artículo 82 del Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yaracuy.** Así lo declara.

4. Consideración final sobre los efectos de la presente decisión:

La declaratoria de inconstitucionalidad de las normas derogadas y la anulación de las nuevas disposiciones obliga a esta Sala a fijar los efectos del fallo, para lo cual observa:

La Sala en ejercicio del poder para fijar, en cada caso, si los efectos de sus fallos anulatorios tendrán carácter retroactivo, para lo cual debe atender a ciertas consideraciones, en especial lo relacionado con la seguridad jurídica.

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica no puede amparar casos en los que una entidad territorial –cualquiera que

sea- dicte normas que son evidente y groseramente inconstitucionales.

El principio de seguridad jurídica protege a los ciudadanos, quienes no deben verse afectados por las conductas irregulares de los órganos del Poder Público, pero no puede ser el refugio de los entes estatales para desentenderse de su responsabilidad.

Cuando la República o los Estados o los Municipios dictan normas en violación del Texto Constitucional y esa violación es especialmente clara -como en el caso de autos, en el que no se hace necesario esfuerzo interpretativo, y en el que la entidad demandada ni siquiera expuso un argumento en su defensa-, resulta por lo menos injusto que la colectividad se haya visto perjudicada durante cierto tiempo –años en este caso- y que, luego del fallo en el que se deje constancia de la inconstitucionalidad, no se encuentre ninguna reparación.

El principio de seguridad jurídica, pues, nunca puede ser el medio por el cual los entes públicos logren burlar –así sea sin intención de hacerlo- sus deberes. La fijación de efectos meramente prospectivos a fallos como el presente constituye una incitación a la violación del Derecho, sabiéndose que, a lo sumo, se anularán las normas, pero lo realizado quedará inmutable.

Por tanto, se fijan efectos retroactivos a la presente declaratoria, con lo que se entienden nulas todas las actuaciones que hubiesen sido dictadas con base en las normas anuladas. En consecuencia: a) debe concederse libertad inmediata a quien esté cumpliendo la sanción de arresto ordenada con base en las normas anuladas; b) debe cesar cualquier pena de confinamiento o expulsión ordenada según ese mismo Código; y c) deberá eliminarse cualquier referencia en expedientes y archivos, así como en registros, a la detención, confinamiento o expulsión a que hubieran sido objeto quienes sufrieron la aplicación de esas disposiciones.

Asimismo, esta Sala estima necesario exhortar a los Consejos Legislativos estadales y a los Concejos Municipales a derogar cualquier disposición de contenido similar a las que han sido anuladas por este fallo. Estima la Sala que el control concentrado de constitucionalidad de los actos de rango legal no puede

servir sólo para depurar el ordenamiento jurídico, sino que también debe ser medio para prevenir la repetición de vicios. La publicación de los fallos anulatorios, por tanto, tiene dos razones: una, que la colectividad sepa de la desaparición de la norma, al igual que se hizo cuando fue dictada; dos, que se conozca el criterio judicial para evitar incurrir en idénticos errores.

Por ello, se exhorta a todos los Consejos Legislativos estadales y Concejos Municipales a derogar sus normas sobre esa materia, sin esperar a que sean impugnadas, así como a no legislar esos aspectos en lo sucesivo. Así se exhorta.

2.1.7. Pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 3457, 11/11/2005

DE LA DESAPLICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA

1. El Juez Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, abogado Miguel Ángel Gómez Oramas, requirió la revisión de su antes referida sentencia, en la cual desaplicó los artículos 16.2º y 22 del Código Penal y, por consecuencia, decidió que el antes mencionado procesado Rafael Antonio Rojas Marín no quedaría sometido al cumplimiento de la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad civil.

1.1. En el caso de autos, el Juez Primero de Ejecución desaplicó las normas en cuestión, por cuanto estimó:

1.1.1. Que la referida pena accesoria está en desuso, por cuanto las condiciones geográficas de las ciudades venezolanas han cambiado sustancialmente en los últimos años; las mismas se han convertido en *"grandes urbes cosmopolitas",* dentro de las cuales coexisten varios Jefes Civiles en ejercicio, quienes, por tanto, no pueden ejercer control alguno sobre los penados que están sometidos a su vigilancia; que *"ya el solo hecho que (*sic*) un penado residenciado en Caracas tenga que notificarle*

a todos los Jefes Civiles de su llegada y salida de cada Municipio, hoy Parroquias, traería como consecuencia un verdadero caos, que vemos en la práctica no se cumple";

1.1.2. Que el eventual quebrantamiento de la pena accesoria *sub examine* sólo traería, como consecuencia, el aumento del término de dicha pena hasta en una tercera parte, según el artículo 263 del Código Penal; que, *"en atención a todo lo anteriormente expuesto, sería completamente inoficioso activar todo el aparto judicial para obtener un aumento de la sujeción a la vigilancia que, como ya se dijo, es imposible controlar o cumplir";*

1.1.3. Que, además, era necesario el señalamiento de que el penado, "*que alguna vez transgredió las normas sociales al cometer un delito, fue sometido a juicio de reproche y se le impuso una pena que si bien se encuentra cumpliendo actualmente, vemos pues que al cumplirla totalmente recobrará todos los derechos civiles y políticos que había perdido a consecuencia de la sentencia condenatoria. Entonces, siendo esto así, mal podríamos seguir castigando a la persona aún después de su condena a estar sujeto a una vigilancia que, como ya se dijo anteriormente, no se cumple*";

1.1.4. Que la referida pena accesoria es, además, violatoria a los derechos humanos del penado, los cuales son tutelados por la Constitución, específicamente, el derecho a la dignidad de la persona, el cual está reconocido por el artículo 22 de la Constitución y, además, por el artículo 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya vigencia preeminente, en Venezuela, le viene dada por el artículo 23 de nuestra Ley Máxima;

1.1.5. Que el sometimiento de una persona a la pena accesoria en cuestión, la cual se hace exigible luego del cumplimiento de la pena principal, constituye una estigmatización

contra dicho penado, a quien se le etiqueta como un delincuente que debe ser vigilado y, por tanto, en condición de desigualdad respecto de las demás personas; que, como consecuencia de dicho estigma, el penado se encuentra *"entonces en desigualdad con los demás puesto que no tendría las mismas opciones para obtener un trabajo digno o un trato justo, situación esta que también contradice el principio de progresividad penitenciaria que no busca otra cosa sino la verdadera reinserción social del penado";*

1.1.6. Que el artículo 21.1 de la Constitución prohíbe las discriminaciones de cualquier tipo, "*que tengan por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona*";

1.1.7. Que la aplicación de la pena accesoria en cuestión atenta, como ya se dijo, contra la dignidad de la persona humana y es equivalente a la imposición de una pena infamante, lo cual está prohibido por el artículo 44.3 de la Constitución; que, igualmente, significa una restricción a la libertad plena *"que debiere alcanzar el penado una vez cumplida su condena y por ende con su deuda social";*

1.1.8. Que todas las razones que antes fueron expresadas deben conducir a la conclusión de que es un deber la desaplicación de los artículos 16.2 y 22 del Código Penal, por cuanto *"estas normas legales contradicen frontalmente la Carta Magna y el Pacto de San José de Costa Rica. Así se declara".*

2. Con fundamento en las precedentes consideraciones, el actual solicitante decidió, en los siguientes términos:

"En mérito de todo lo anteriormente expuesto, esta Juzgado Primero de Ejecución del Tribunal de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, DESAPLICA lo dispuesto en los artículos 16, ordinal 2º, y 22 del Código Penal, que habían sido impuestas como pena accesoria en la sentencia definitiva del penado RAFAEL ANTONIO ROJAS MARÍN, portador de la Cédula de Identidad N° V-05.768.942, por lo tanto, una vez de que el penado de marras cumpla íntegramente con su condena, no debe ser sometido a la Sujeción de la Vigilancia a la Autoridad. Así se decide".

II
MOTIVACIÓN para la decisión

1. De acuerdo con el artículo 336.10 de la Constitución, la potestad de la Sala Constitucional para la revisión de las sentencias de control de la constitucionalidad que dicten los tribunales de la República, está atribuida en los términos siguientes:
   "Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:
   (...)
   10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva."
   Al respecto, esta Sala Constitucional, en fallo n° 1400 del 8 de agosto de 2001, determinó lo siguiente:
   "...el juez constitucional debe hacer saber al Tribunal Supremo de Justicia sobre la decisión adoptada, a los efectos del ejercicio de la revisión discrecional atribuida a la Sala Constitucional conforme lo disponen los artículos 335 y 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."
   Así, corresponde a esta Sala el pronunciamiento sobre la revisión de la decisión que expidió el Juez Primero del Tribunal de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, el 11 de septiembre de 2003, mediante la cual decretó la desaplicación de los artículos 16.2 y 22 del Código Penal.

2. En el caso bajo examen, el precitado Juez Primero de

Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas remitió, a esta Sala, el fallo por el cual declaró la inaplicabilidad de la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad civil que disponen los artículos 16.2 y 22 del Código Penal, bajo la consideración de su desuso, así como de sus efectos discriminatorios, infamantes y violatorios a los derechos y garantías constitucionales del ciudadano Rafael Antonio Rojas Marín. Dicho envío obedeció a la revisión de las sentencias de control de la constitucionalidad sobre las decisiones de los Tribunales de la República, que discrecionalmente efectúa esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con los artículos 336, cardinal 10, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 5.16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Para su decisión, la Sala estima pertinente la expresión de las siguientes consideraciones:

2.1. Los artículos 16.2º y 22 del Código Penal disponen:

"Artículo 16. Son penas accesorias de la de prisión:

(...)

2° La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una quinta parte del tiempo de la condena, terminada ésta".

"Artículo 22. La sujeción a la vigilancia de la autoridad pública no podrá imponerse como pena principal sino como accesoria a las de presidio o prisión y obliga al penado a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de los Municipios donde resida o por donde transite, de su salida y llegada a éstos".

2.2. El actual solicitante, Juez Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, inaplicó los artículos que fueron transcritos, que se refieren a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad civil del Municipio donde resida o transite, por cuanto estimó que dicha sanción está en desuso y es, además, denigrante y discriminatoria, que atenta contra los derechos a la igualdad y a la protección del honor y la dignidad del penado.

2.3. El enjuiciamiento penal y la eventual imposición de la correspondiente sanción, a través de la sentencia condenatoria firme, gozan de indudable legitimidad constitucional, por lo menos implícita, la cual deriva de las diversas normas que, tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales que han sido suscritos y ratificados por la República, *vg.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen garantías como el derecho a la defensa, a la libertad personal, la presunción de inocencia, el principio de legalidad de los delitos y de las penas, las cuales, en integración con los conceptos del debido proceso y la tutela judicial efectiva, tienen como propósito, justamente, el aseguramiento del respeto a derechos humanos fundamentales de las personas a quienes se les impute, en juicio, la comisión de alguna infracción de naturaleza penal. Así las cosas, el efecto de estigmatización que denunció el actual solicitante puede derivar, no sólo de la ejecución de la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, sino del mismo enjuiciamiento, así como de la imposición de otras sanciones que traducen una mayor connotación social; tal es el caso de las penas corporales de presidio o prisión. Se concluye, entonces, que el referido efecto viene a ser una derivación necesaria o inevitable de la aplicación de normas jurídicas cuya legitimidad constitucional es indiscutible, como se acaba de afirmar, de suerte que si, en efecto, como consecuencia del sometimiento a proceso penal y de la eventual condena, una persona puede sufrir un menoscabo en la consideración social que ella merece o cree merecer, tal perjuicio no es, en manera alguna, ilegítimo. La inteligencia de lo contrario obligaría al absurdo de la desaplicación, en general, de las normas penales, sustantivas y procesales, cuya legitimidad deriva de la misma Constitución, porque, como se afirmó anteriormente, el mero conocimiento público de la apertura y desarrollo de un proceso penal contra una persona y, eventualmente, la condena de ésta –a penas, incluso distintas de la sujeción a

la vigilancia de la autoridad-, son susceptibles de conllevar una percepción social anticipada de culpabilidad del procesado.

2.4. La pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad es, como ya ha dicho esta Sala, una pena no corporal accesoria a las restrictivas de la libertad de presidio y prisión y tiene un propósito preventivo. En el caso específico de la primera de las penas corporales que fueron citadas, el término de vigencia de la referida accesoria es el equivalente a un quinto del de la referida pena principal. La ejecución de dicha accesoria comienza luego del cumplimiento de la pena principal correspondiente e implica, según el texto del artículo 22 del Código Penal, la obligación, para el penado, de dar cuenta, a la competente autoridad civil del Municipio donde resida o por donde transite, respecto de su salidas y llegadas a las respectivas demarcaciones.

2.5. En lo que atañe al primero de los fundamentos que se expresó, para la desaplicación de las predichas normas del Código Penal, esto es, que se trataba de normas en desuso, debe la Sala advertirle al actual solicitante que, de conformidad con los artículos 218 y 334, de la Constitución, y 7 del Código Civil, las leyes sólo se extinguen mediante derogación por otras leyes, por abrogación mediante referéndum (salvo las excepciones que establece la misma Ley Máxima, como es el caso de su artículo 74), o nulidad declarada por esta Sala Constitucional, de acuerdo con los artículos 334 de la Constitución y 5.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (equivalente, salvo en lo que toca a la Sala competente, al 42 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). Con base en la afirmación que antecede, concluye la Sala que la decisión que es objeto de la presente revisión contiene, por razón de la antes referida motivación, una relación de manifiesta antinomia con la Constitución, lo cual debe conducir a la declaración de nulidad de dicho fallo, con arreglo al artículo 5.9 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

2.6. Esta Sala, en reiteradas oportunidades (*vid*. sentencias n°s 2442 del 1° de septiembre de 2003, 3079 del 4 de noviembre de 2003, 3509 del 16 de diciembre del 2003) ha determinado el carácter de la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad civil y afirmado su criterio respecto de la supuesta violación a los derechos a la dignidad humana, a la protección del honor y reputación y a la igualdad, en el marco de la aplicación de dicha sanción accesoria. Así, la Sala en su predicho fallo n° 2442, del 1° de septiembre de 2003, precisó lo siguiente:

"La Sala considera que, resulta importante por tanto, establecer algunos alcances sobre lo que se entiende por cada uno de estos derechos, y diferenciar ambos conceptos del honor, pues son términos que se emplean frecuentemente de manera conjunta debido, precisamente, a que se encuentran estrechamente relacionados.

Desde esta perspectiva se debe señalar, en primer lugar, que el honor es la percepción que el propio sujeto tiene de su dignidad, por lo que opera en un plano interno y subjetivo, y supone un grado de autoestima personal. En otras palabras, el honor es la valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás.

Por otro lado, la honra es el reconocimiento social del honor, que se expresa en el respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás.

La reputación, en cambio, es el juicio que los demás guardan sobre nuestras cualidades, ya sean morales, personales, profesionales o de cualquier otra índole. La reputación, también conocida como derecho al buen nombre, se encuentra vinculado a la conducta del sujeto y a los juicios de valor que sobre esa conducta se forme la sociedad.

Atentan contra el derecho a la honra y a la buena reputación todas las conductas dirigidas a denigrar a la persona, las cuales incluyen la imputación de

delitos y de inmoralidades, las expresiones de vituperio y los actos de menosprecio público.

De lo anterior, se evidencia que la sujeción a la vigilancia de la autoridad en alguna forma constriñe el derecho al honor y a la protección de la honra, ya que la aludida pena accesoria no denigra ni deshonra al penado, únicamente mantiene sobre éste, una forma de control por un período de tiempo determinado" (destacado actual, por la Sala).

2.7. Contrariamente con lo que se sostiene en el pronunciamiento que es objeto de la actual revisión, no se adecua el referido castigo a ninguno de los supuestos de inconstitucionalidad que derivan del artículo 44.3 de la Constitución: es una sanción personalísima y su duración se encuentra limitada en el tiempo, de acuerdo con la precitada disposición fundamental y con las que contienen los artículos 13.3, 16.2 y 94 del Código Penal y, en lo que atañe a la prohibición de aplicación de penas infamantes que contiene la Ley Máxima, el referido castigo accesorio ha de ser entendido, actualmente, más bien como una medida de seguridad dirigida a la prevención de la incurrencia del penado en nuevos delitos, durante la difícil etapa inmediata de su reinstalación en el ejercicio de su derecho a la libertad, con los reacomodos que tal situación exige, en cuanto a sus relaciones familiares y sociales y, no menos importante, en lo que concierne a su reincorporación a las actividades lícitas de sustentación material, período este en el cual se reconoce un serio riesgo de reincidencia en la conducta delictiva, lo cual derivaría en perjuicios no sólo para el colectivo sino, obviamente, también para el propio penado, los cuales es pertinente prevenir. De allí, la sanidad de tal control, sin perjuicio de las críticas que puedan derivar de la forma y del grado de eficacia con que el mismo se ejerza y de la necesidad de la actualización técnica y científica de dicho control, lo cual, por otra parte, si se ha convenido en la necesidad de su vigencia, puede lograrse,

mientras se hacen las correspondientes reformas legislativas, mediante una adecuada interpretación progresiva de las normas legales que, en materia de ejecución de la pena, rigen en la nación.

2.8. Por otra parte, la ejecución de la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad no plantea mayores dificultades, a la luz del desarrollo de la legislación que, en materia de política criminal, ha venido siendo desarrollada en Venezuela durante las últimas décadas. De allí que aceptado, como ha sido, que el propósito que se persigue, con la imposición de dicha sanción, es el control del penado, para efectos de la prevención de la reincidencia, durante esa etapa inmediata al término del cumplimiento de la pena corporal, en su fase privativa de libertad, resulta claro que la norma del artículo 22 del Código Penal debe ser interpretada con arreglo a la evolución del tratamiento institucional y postinstitucional del infractor. Así, la figura de la primera autoridad civil del Municipio, que fue el funcionario que el legislador penal de 1926 habilitó, probablemente, de acuerdo con las disponibilidades y concepciones de la época, para el ejercicio del referido control, viene a ser, entonces, el equivalente a la figura actual del delegado de prueba, que se ha desarrollado, fundamentalmente, a partir de la vigencia de leyes penales complementarias como las de Régimen Penitenciario de 1981 (artículo 76), Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena, de Libertad Provisional bajo Fianza (artículo 15), de Beneficios en el Proceso Penal (artículo 18) y, por último, el Código Orgánico Procesal Penal (artículo 496). En el orden de las ideas que acaban de ser expresadas, se concluye que, por virtud de interpretación progresiva del artículo 22 del Código Penal, debe entenderse que el control postinstitucional del penado, incluso la vigilancia a la autoridad a la cual éste haya quedado sometido, de acuerdo con los artículos 13 y 16 *eiusdem,* está a cargo, en primer término, del Juez de Ejecución y el ejercicio efectivo e inmediato de dicho control corresponde al delegado de prueba

que será designado por el Ministerio del Interior y Justicia, de acuerdo con el artículo 497 del Código Orgánico Procesal Penal, mientras no entre en vigencia la ley que desarrolle el artículo 272 de la Constitución. En el caso específico de la sujeción a la vigilancia de la autoridad competente, según la interpretación que antecede, dicha medida constituye una herramienta de control que resulta adecuada a las tendencias más aceptadas, posterior al cese de la pena corporal de presidio o prisión que, como principal, haya sido impuesta al infractor. Así las cosas, estima la Sala que queda afirmada la aplicabilidad, aun coactiva de la pena en examen, lo cual, junto a lo quedó establecido *ut supra,* en relación con la vigencia actual de la misma y las consecuencias que derivan de su quebrantamiento, conduce a la conclusión de que no existe obstáculo constitucional ni legal alguno, para la vigencia actual y eficaz de la referida pena accesoria y que, por consiguiente, son carentes de validez los fundamentos de ilegitimidad e ilegalidad en los cuales se basó la decisión que es objeto de la actual revisión, para la desaplicación de la antes referida sanción. Así se declara.

2.9. En todo caso, estima esta Sala que es jurídicamente inaceptable el argumento de lesión a derechos constitucionales que invocó el actual solicitante, como sustentación de su pretendido control difuso, pues la aceptación de tal fundamento conllevaría el colapso de nuestro sistema penal y la aniquilación del sistema de penas que el mismo contiene, lo cual conduciría a la negación del imperativo social, que legitimó la Constitución, de enjuiciamiento y eventual sanción penal, pues no puede entenderse cómo la referida pena accesoria estigmatiza al penado, a quien estaría etiquetando como delincuente, sin que tal imputación se haga dentro del contexto de nuestra legislación penal, sustantiva y procesal, pues lo cierto es, en primer término, que tal calificación derivaría de la propia sentencia condenatoria; en segundo lugar, que mediante la ejecución de cualquier pena –no sólo la de aquélla

que es objeto del presente examen-, puede derivar en la percepción social del condenado penal como un delincuente y, en la instancia más remota, es obligada la conclusión de que tal *"estigmatización"* derivó de la propia conducta infractora del penado. Por tales razones, debe concluirse que la denunciada estigmatización, si es que la misma se produce efectivamente, no viene a constituir sino una secuela inevitable del ejercicio de una actividad legítima como es la de la jurisdicción penal, razón por la cual el referido supuesto daño constitucional que fundamentó la decisión que es objeto del actual examen no se adecua al supuesto de ilegitimidad (entendida como tal la inconformidad del acto con la Constitución) que es fundamento esencial para la impugnación de las normas subconstitucionales. Así se declara.

2.10. Estima, por otra parte, la Sala que la aplicación de la pena accesoria que se examina no lesiona ilegítimamente el derecho constitucional a la igualdad, ya que si éste fuere afectado por la aplicación de la pena, tal circunstancia vendría a ser una consecuencia jurídica legítima, necesaria y propia del pronunciamiento judicial de responsabilidad penal que se expida contra la persona por su participación en la comisión del hecho punible que dio lugar a su enjuiciamiento. No debe olvidarse, además, que es un principio de Derecho Natural, que recoge el Derecho Penal, el de la responsabilidad personal, de acuerdo con el cual cada quien debe asumir las consecuencias que se generen de sus propias actuaciones antijurídicas, voluntarias e imputables. Por ello, la condición del penado, frente a las demás personas y frente a la ley, no se ve disminuida o discriminada por el hecho de que se le imponga esta pena, sino de su propia conducta antijurídica que dio lugar al correspondiente pronunciamiento judicial.

2.11. La aplicación de las penas accesorias no constituye una violación al principio *non bis in idem,* cuya vigencia garantiza el artículo 49.7 de la Cons-

titución. Se trata de una sola condena penal, que está integrada como sanción compleja, por cuanto comprende una pena principal y varias accesorias, que son decretadas coetáneamente con la primera y que son ejecutables de inmediato o, como en el caso de la que se examina actualmente, al término de la fase privativa de libertad con la cual se inicia la condena penal, la cual sólo habrá concluido con la culminación de la correspondiente etapa de control (sujeción a la vigilancia de la autoridad), intermedia entre la privación de libertad personal y el ejercicio pleno de ésta.

2.12. Finalmente, una vez que ha sido afirmada la constitucionalidad de la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, aplicable sólo como accesoria de las corporales de presidio y prisión, de acuerdo con el artículo 22 del Código Penal, esta Sala concluye que el quebrantamiento de dicha sanción accesoria constituye delito, de conformidad con el artículo 263 *eiusdem,* el cual acarrea, como pena, el incremento del tiempo de vigilancia hasta por una tercera parte del término que originalmente haya sido impuesto. Es, por otra parte, una sanción perfectamente ejecutable, aun de manera coercitiva, mediante los medios de ejecución forzosa cuyo empleo autoriza la Ley, según el artículo 526 del Código de Procedimiento Civil, norma de Derecho Común aplicable, como supletoria, en el proceso penal. En el caso que se analiza, por interpretación extensiva del artículo 357 del Código Orgánico Procesal Penal, resulta claro que el órgano jurisdiccional competente para la ejecución de las penas que sean impuestas mediante sentencia firme, de acuerdo con el artículo 479 de la precitada ley penal adjetiva, podrá emplear hasta la fuerza pública, para el aseguramiento de la comparecencia del penado ante la autoridad pública a cuya vigilancia ha sido sometido, previa la información, por parte de este último funcionario, sobre el incumplimiento, de dicho penado, de su respectivo deber de presentación. Así se declara.

2.13. Por razón de las consideraciones que se expusieron, esta Sala estima que la motivación que contiene le fallo que fue sometido a la actual revisión contienen un errado control de la constitucionalidad, por cuanto, en el mismo, el administrador de justicia partió de un falso supuesto de inconstitucionalidad que afectaría a las normas legales que fueron desaplicadas; tal falso supuesto es equivalente a falta de motivación, lo cual debe conducir, con arreglo a los artículos 173 y 364.4 del Código Orgánico Procesal Penal, a la declaración de nulidad absoluta de la antes referida decisión que dictó, el 11 de septiembre 2003, el Juez Primero del Tribunal de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual desaplicó los artículos 16.2 y 22 del Código Penal y, por consiguiente, revocó la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad pública que, como accesoria a la corporal de presidio, fue impuesta por la sentencia condenatoria firme que fue expedida, en el antes citado proceso penal que se sigue o siguió contra el ciudadano Rafael Antonio Rojas Marín y, en consecuencia, que debe continuarse con la ejecución de la pena accesoria en cuestión. Así se decide.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 915, Fecha: 20/05/2005

Expuestos como han sido los motivos por los cuales el Juzgado Tercero de Primera Instancia en función de Ejecución de Sentencia del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, el 22 de junio de 2004, desaplicó el artículo 13.3 del Código Penal por control difuso de la constitucionalidad, la Sala considera oportuno realizar las siguientes consideraciones:

El artículo 13 del Código Penal señala textualmente:

“Son penas accesorias de la de presidio:

1° La interdicción civil durante el tiempo de la pena.
2° La inhabilitación política mientras dure la pena.
3° La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una cuarta parte del tiempo de la condena, desde que ésta termine”.

Por su parte, el artículo 22 *eiusdem* también regula esta pena, disponiendo al efecto:

"La sujeción a la vigilancia de la autoridad pública no podrá imponerse como pena principal sino como accesoria a las de presidio o prisión y obliga al penado a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de los Municipios donde resida o por donde transite, de su salida y llegada a éstos".

Sobre la naturaleza de esta pena, la Sala debe reiterar el criterio sostenido en su sentencia No. 2442/2003 del 1 de septiembre, *(caso: Alejandro Serrano López)*, donde estableció lo siguiente:

"... La pena de sujeción a vigilancia de la autoridad, es una pena no corporal, de carácter accesorio, que es complementaria de la pena de prisión y, persigue un objeto preventivo.

Consiste, como lo establece el artículo 22 anteriormente transcrito, en la obligación para el penado de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio donde resida o por donde transite de su salida y llegada a éstos. A través de esta medida, se pretende mantener un control sobre el reo para evitar que cometa nuevos delitos, a la vez que se le permite al penado ir a donde le plazca y residir en el lugar que escoja, aunque siempre vigilado. La pena de sujeción a vigilancia de la autoridad, comienza prácticamente cuando se ha cumplido la pena principal de prisión...".

Con base en el anterior criterio jurisprudencial, y a los efectos del análisis y finalidad de esta pena accesoria, esta Sala considera pertinente realizar previamente unas breves consideraciones respecto a los fines de la pena, especialmente en el marco del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Con relación a los fines de la pena, la doctrina ha elaborado varias teorías, que fundamentalmente se resumen en la teoría de la RETRIBUCIÓN, y en las teorías de la PREVENCIÓN. Estas últimas se traducen a su vez en dos corrientes conceptuales, siendo la primera la que tiende a la PREVENCIÓN GENERAL, y otra que apunta hacia una PREVENCIÓN ESPECIAL.

En primer término, y en lo que se refiere a la teoría de la RETRIBUCIÓN, cabe señalar que su fundamento descansa en que

todo mal causado no debe quedar sin castigo alguno, debiendo el culpable del hecho encontrar su merecido en dicho castigo. En consecuencia, los exponentes de esta postura son contestes en afirmar que la pena tiende a materializar una retribución exigida por la justicia (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición. Editorial *Reppertor*, Barcelona, 1998, p. 46). Cabe afirmar también, que esta antigua postura doctrinal es una TEORÍA ABSOLUTA DE LA PENA, en razón de que su sustento conceptual es la justicia, la cual es un valor que se basta a sí mismo, es decir, un valor absoluto.

Por otra parte, las teorías de la PREVENCIÓN se fundamentan en la afirmación de que la pena tiene por finalidad o misión prevenir futuros delitos, a los fines de salvaguardar específicos intereses o bienes sociales. A diferencia de la tesis de la retribución, las teorías de la PREVENCIÓN son TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA, ello en virtud de que su fundamento son las necesidades de prevención, las cuales son de carácter relativo y circunstancial.

Dentro de esta corriente doctrinal de la prevención, destaca en primer lugar, la teoría de la PREVENCIÓN GENERAL, la cual toma como postulado esencial que la pena debe tender a una prevención frente a la colectividad, es decir, enviar un mensaje al colectivo (y lograr así una influencia psicológica en sus miembros) para evitar que en su seno surjan delincuentes. Cabe destacar que el momento en que opera esa influencia psicológica es cuando se produce la conminación legal. A su vez, dentro de esta línea de criterio de la prevención general podemos encontrar dos vertientes, siendo la más antigua la denominada PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA, la cual implica que la pena tenga por finalidad crear en los miembros de la sociedad una coacción psicológica de no delinquir, es decir, utiliza como herramienta esencial la intimidación en las personas para evitar la comisión de futuros delitos.

En segundo lugar -y distinta a la anterior- tenemos la teoría de la PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA, cuyos exponentes afirman que la pena tiene por finalidad la afirmación positiva del Derecho Penal, mediante la creación de una conciencia social de respeto a la norma, es decir, una conciencia de respeto del Derecho.

Tal como se señaló anteriormente, dentro del campo conceptual de las posturas de la prevención también se encuentra la TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL, la cual está referida a una persona en específico y no a la colectividad. Es decir, la pena debe tender a prevenir delitos que puedan provenir del actuar de una persona en concreto que ya ha delinquido, a los fines de que no vuelva a incurrir en delito alguno. Dicho en otros términos, la pena está dirigida a la persona que está sufriendo los efectos de la pena en virtud de haber cometido un delito, para que no incurra de nuevo en la tentación de cometer otro hecho punible. De esto se infiere claramente que el mecanismo de esta postura opera, a diferencia de la PREVENCIÓN GENERAL, al momento de la imposición y ejecución de la pena respectiva.

Por otra parte, debe señalarse que las teorías de la pena no son categorías ahistóricas, al contrario, constituyen concepciones que han informado a lo largo de la historia a los distintos modelos de Estado, a los efectos de delinear el cometido o la función que debe cumplir en ellos el Derecho Penal. De lo anterior se desprende que el fin de las penas y la función del Derecho Penal se encuentran en íntima relación, ya que la función de éste dependerá de cuál es el fin político-criminal que se le asigne a la pena, dependiendo esto último a su vez del modelo de Estado que se adopte.

En el caso específico del Estado venezolano, se debe afirmar que el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que ha sido entendido por esta Sala, en sentencia No. 656/2000 del 30 de junio, de la siguiente forma:

“El artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa que Venezuela es un Estado Social de Derecho y de Justicia. Esto significa, que dentro del derecho positivo actual y en el derecho que se proyecte hacia el futuro, la ley debe adaptarse a la situación que el desarrollo de la sociedad vaya creando, como resultado de las influencias provenientes del Estado o externas a él. Son estas influencias las que van configurando a la sociedad, y que la ley y el contenido de justicia que debe tener quien la aplica, deben ir tomando en cuenta a fin de garantizar a los ciudadanos una calidad integral de vida,

signada por el valor dignidad del ser humano. El Estado constituido hacia ese fin, es un Estado Social de Derecho y de Justicia, cuya meta no es primordialmente el engrandecimiento del Estado, sino el de la sociedad que lo conforma, con quien interactúa en la búsqueda de tal fin.

Un Estado de esta naturaleza, persigue un equilibrio social que permita el desenvolvimiento de una buena calidad de vida y para lograr su objeto, las leyes deben interpretarse en contra de todo lo que perturbe esa meta, perturbaciones que puedan provenir de cualquier área del desenvolvimiento humano, sea económica, cultural, política, etc.

El Estado así concebido, tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean, como parte de la interacción o desarrollo compartido Estado-Sociedad, por lo que puede afirmarse que estos derechos de control son derechos cívicos, que son parte de la realización de una democracia participativa, tal como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."

Entonces, entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta -a saber, sin retribución-, el quebrantamiento del orden jurídico. Pero para que el Estado social no degenere en autoritario, sino que se mantenga como democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que dicha prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos (MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.* Editorial *Ariel Derecho.* Barcelona, 1994, p. 44).

Con base en los anteriores planteamientos, se puede afirmar que el fin de la pena –y por ende la función del Derecho

Penal- en un modelo de Estado como el que está delineado en el artículo 2 constitucional, tendrá que ser la prevención limitada, tomando en cuenta para ello los fundamentos filosóficos que en aquél convergen.

Sobre este punto, MIR PUIG enseña:

"En cuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS CIUDADANOS, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida- de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado DEMOCRÁTICO DE DERECHO, deberá someter la prevención penal a otra serie de LÍMITES, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal.

...Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una **prevención limitada** que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores." (MIR PUIG. Ob. Cit., p. 65)

Pero es el caso que tales límites al poder punitivo del Estado o *ius puniendi*, se encuentran constituidos básicamente por los siguientes principios: 1) Legalidad (derivado del modelo de Estado de Derecho), 2) Utilidad de la intervención penal; 3) Subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal; 4) Exclusiva protección de bienes jurídicos; 5) Lesividad (dimanando estos cuatro del modelo de Estado social); 6) Humanidad de las penas, 7) Culpabilidad, 8) Proporcionalidad; y 9) Resocialización (derivándose estos últimos del modelo de Estado democrático); arropados todos por el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como corolario de lo antes expuesto, cabe afirmar, partiendo del modelo de Estado venezolano, que la pena –y por ende el Derecho Penal- tiene por función la prevención de delitos, a los fines de evitar que los bienes jurídicos de los ciudadanos se vean lesionados. Claro está, dicha prevención debe estar limitada por los principios antes señalados.

Cabe destacar que las distintas facetas de la prevención se materializan en tres etapas fundamentales, a saber, la prevención general ve cabalmente desplegados sus efectos al momento de la conminación penal; mientras que en la oportunidad de la imposición de la pena por parte del Juez, se hace efectivo tanto el contenido de la prevención general como el de la prevención especial. Por último, en la ejecución penal la sanción atenderá esencialmente a una finalidad preventivo-especial.

Entonces, teniendo en cuenta cuál es la finalidad de las penas en el modelo de Estado venezolano, y los tres momentos en que dicha finalidad se concreta, forzoso es señalar que la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, establecida como sanción accesoria tanto a la pena de presidio como a la de prisión, regulada en los artículos 13.3 y 16.2 del Código Penal, respectivamente, persigue, en principio, un objeto preventivo-especial, que está fundado, en un régimen constitucional como el venezolano, no en el grado de posibilidad o probabilidad de reincidencia de la persona que ha cumplido una pena privativa de libertad por la comisión de un determinado delito, sino en el interés general que tiene la ciudadanía en lograr, con la intervención del Estado, la efectiva reinserción a la vida en sociedad de la persona que estuvo apartada de ella por causa de su transgresión del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, la medida de sujeción a la vigilancia de autoridad consiste, según lo previsto en el artículo 22 del Código Penal, en la obligación para el penado de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio donde resida o por donde transite, de su salida y llegada a éstos. Como fuera señalado, a través de esta medida se pretende no sólo permitir al penado ir a donde le plazca y residir en el lugar que escoja, sino también que éste tenga a la autoridad como principal testigo de su proceso de efectiva reinserción a la vida en sociedad y que ésta (el Jefe Civil) pueda colaborar, de ser ello necesario, en el desarrollo de tal proceso (*vid.* sentencias Nos. 2025/2004 y 2091/2004 de esta Sala).

Esta Sala observa, en el caso *sub lite*, que el Tribunal Tercero de Primera Instancia en función de Ejecución de Sentencia del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, señaló que la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad contemplada en el artículo 13.3 del Código Penal es inconstitucional, por cuanto al no es-

tablecerse en el ordenamiento jurídico un sanción a imponer en caso de su incumplimiento, se lesiona el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que impide la realización de la tutela judicial efectiva consagrada en dicha norma. De igual forma, también expresa el Juzgador de instancia que la mencionada pena atenta contra el principio de autoridad del Juez establecido en el artículo 5 del Código Orgánico Procesal Penal, por las mismas razones anteriormente señaladas.

Llama la atención a esta Sala tal señalamiento expresado por el Juez del Tribunal Tercero de Primera Instancia en función de Ejecución de Sentencia del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, toda vez que no es cierto que nuestro ordenamiento jurídico no contempla una sanción para el supuesto en que el penado incumpla con la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad. En tal sentido, debe esta Sala recordarle al señalado juzgador, que el artículo 262 del Código Penal vigente (263 del código anterior) contiene una de las modalidades del delito de quebrantamiento de condena, rezando dicha norma de la siguiente forma:

Artículo 262. Si lo fuere [el quebrantamiento] en los casos de sujeción a la vigilancia de la autoridad pública o de caución, en el primero, por recargo de pena, se aumentará el tiempo de vigilancia, y en el otro de arresto si lo hubiere, hasta una tercera parte de estas mismas penas, a juicio del Tribunal.

De la anterior redacción legal, se evidencia que el tipo objetivo de este delito exige que la pena quebrantada sea la de sujeción a la vigilancia de la autoridad, acarreando la comisión de dicho ilícito jurídico-penal la imposición de una sanción, que es el aumento -a través del recargo de pena- de la duración del tiempo de vigilancia, hasta una tercera parte de la cuantía que tenga en el caso concreto dicha pena accesoria. El bien jurídico tutelado a través de este tipo penal es la administración de justicia, y específicamente, el interés del Estado en la efectividad de determinadas resoluciones judiciales (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; BOIX REIG, Javier; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tercera edición revisada y ampliada. Editorial *tirant lo blanch*. Valencia, 1999, p. 799).

Siendo así, esta Sala observa que en el presente caso no se evidencian visos de inconstitucionalidad en la pena accesoria

contemplada en el artículo 13.3 del Código Penal, toda vez que la misma, además de obedecer a una función político-criminal determinada, no es una norma “imperfecta”, ya que existe en el ordenamiento jurídico venezolano una norma jurídico-penal que la subyace y que prevé una sanción para el supuesto de que dicha accesoria sea incumplida por el penado; siendo en consecuencia a todas luces errado afirmar -tal como lo hizo el Juzgado Tercero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia- que el artículo 13.3 del Código Penal lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República de Venezuela, y mucho menos, que pone en peligro el principio de autoridad del Juez establecido en el artículo 5 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se declara.

Por las consideraciones precedentes, esta Sala Constitucional anula la decisión dictada el 22 de junio de 2004, por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en función de Ejecución de Sentencia del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, en la que desaplicó por control difuso el artículo 13.3 del Código Penal, en lo que respecta a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad impuesta al penado Kennedy Manuel Sánchez Urdaneta, y ordena al referido Juzgado de Ejecución continuar con la aplicación de la pena impuesta hasta su conclusión. Así se decide.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 940, 21/05/2007

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la presente revisión, en atención a que el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, desaplicó, por control difuso de la constitucionalidad, el contenido de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal aplicables *ratione temporis*, en lo que respecta a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad civil que cumplía el ciudadano Asdrúbal Celestino Sevilla y, con tal propósito, observa lo siguiente:

La decisión dictada por el referido Tribunal Primero de Ejecución adquirió el carácter de definitivamente firme, lo que permite a este Máximo Tribunal dilucidar si dicho pronunciamiento es

contrario o no a la uniforme interpretación y aplicación de normas y principios constitucionales. La firmeza de lo decidido se verifica de la información que fue suministrada por ese juzgado según consta del oficio N° 2342-06 del 14 de noviembre de 2006, que remitió a este Alto Tribunal.

Igualmente, se hace notar que en el caso en que un tribunal ejerza, tratándose de una sentencia definitivamente firme, el control difuso de la constitucionalidad, tiene el deber de remitir a esta Sala Constitucional, copia certificada de dicha decisión. Esa obligación se encuentra señalada en la sentencia N° 1.998, del 22 de julio de 2003, (caso: *Bernabé García*), la cual fue ratificada en la sentencia N° 3126, 15 de diciembre de 2004 (caso: *Ana Victoria Uribe Flores*), ambas dictadas por esta Sala, siendo la última publicada una vez que entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Por tanto, el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, al remitir de oficio la decisión mediante la cual desaplicó el contenido de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, debió tener la certeza que ese pronunciamiento se encontraba definitivamente firme, de acuerdo con la doctrina asentada por esta Sala para ese momento en sentencia N° 1998 del 22 de julio de 2003, arriba citada; de allí que, al no haber sido evidente para esta Sala Constitucional la firmeza del fallo sometido a revisión, se vio en la necesidad de requerir en reiteradas oportunidades información al respecto, cuando era obligación del Juez de Ejecución suministrarla, por lo que se apercibe a dicho Juzgado que, en futuras ocasiones, debe dar estricto cumplimiento a la doctrina asentada por esta Sala. Así se declara.

Ahora bien, respecto al fondo de la revisión, se observa, que esta Sala, en innumerables decisiones (3268/03, 424/04, 578/04 y 952/04, entre otras) ha sostenido, respecto a la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Orgánico Procesal Penal, relativo a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, lo siguiente:

“En ese sentido se colige que el Juez Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, motivó la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, en la

consideración de que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia, viola el '...derecho al respeto de su honra y el reconocimiento de la dignidad...' de los penados.

Sobre este particular, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.1, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11.2, disponen que nadie será objeto de ataques ilegales a su honra y reputación. La Sala considera que resulta importante, por tanto, establecer algunos alcances sobre lo que se entiende por cada uno de estos derechos, y diferenciar ambos conceptos del honor, pues son términos que se emplean frecuentemente de manera conjunta debido, precisamente, a que se encuentran estrechamente relacionados.

Desde esta perspectiva se debe señalar, en primer lugar, que el honor es la percepción que el propio sujeto tiene de su dignidad, por lo que opera en un plano interno y subjetivo, y supone un grado de autoestima personal. En otras palabras, el honor es la valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás.

Por otro lado, la honra es el reconocimiento social del honor, que se expresa en el respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás.

La reputación, en cambio, es el juicio que los demás guardan sobre nuestras cualidades, ya sean morales, personales, profesionales o de cualquier otra índole. La reputación, también conocida como derecho al buen nombre, se encuentra vinculada a la conducta del sujeto y a los juicios de valor que sobre esa conducta se forme la sociedad.

Atentan contra el derecho a la honra y a la buena reputación todas las conductas dirigidas a denigrar de la persona, las cuales incluyen la imputación de delitos y de inmoralidades, las expresiones de vituperio y los actos de menosprecio público.

De lo anterior, se evidencia que la sujeción a la vigilancia de la autoridad en forma alguna constriñe el derecho al honor y a la

protección de la honra, ya que la aludida pena accesoria no denigra ni deshonra a los penados, únicamente mantiene sobre éstos, una forma de control por un período determinado.

En lo referente al respeto a la dignidad de la persona humana, éste es uno de los valores sobre los cuales se fundamenta el Estado Social de Derecho y de Justicia en torno a la cual debe girar todo el ordenamiento jurídico de un Estado y, por ende, todas las actuaciones del poder público.

La dignidad humana consiste en la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, lo que le impone a las autoridades públicas el deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la libertad y la autonomía de los hombres por el mero hecho de existir, independientemente de cualquier consideración de naturaleza o de alcance positivo.

Por lo tanto, la mera existencia del hombre le atribuye a éste el derecho a exigir y a obtener la vigencia de todas las garantías necesarias para asegurar su vida digna, es decir, su existencia adecuada, proporcional y racional al reconocimiento de su esencia como un ser racional. Al mismo tiempo que le impone al Estado el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, es decir, la vida, la integridad, la libertad, la autonomía, etc.

Con este propósito, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 3, establece que el reconocimiento de la dignidad humana constituye un principio estructural del Estado Social de Derecho y por eso prohíbe, en su Título III, Capítulo III, las desapariciones forzadas, los tratos degradantes, inhumanos, las torturas o los tratos crueles que vulneren la vida como un derecho inviolable, la penas degradantes y los demás derechos inherentes a la persona humana (artículos 43 y ss. eiusdem).

Ahora bien, en vista de lo expuesto, la Sala considera que imponer a los penados la obligación de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de los Municipios donde residan o por donde transiten de su salida y llegada a éstos, no constituye en forma alguna una penalidad de carácter denigrante o infamante. Como se dijo con anterioridad, la sujeción a la vigilancia de la autoridad, es un mecanismo de control sobre el reo para evitar que cometa nuevos delitos.

Sostener que esta pena accesoria infringe los derechos humanos y el orden constitucional es tanto como sostener que la principal (presidio o prisión) también, pues aquella no es sino una parte de ésta.

Finalmente, en cuanto al señalamiento de que '...la Institución está en desuso toda vez que debemos tomar en consideración que las condiciones geográficas de las ciudades venezolanas han cambiado sustancialmente en los últimos años, convirtiéndose en grandes urbes cosmopolitas, en las cuales existen varios Jefes Civiles, de manera que resulta imposible que éstos pueden ejercer ningún tipo de control sobre los penados que están sometidos a la sujeción de vigilancia.', la Sala observa que el artículo 7 del Código Civil establece que 'Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean'.

Se acota, que se trata, simplemente, del cumplimiento de una pena accesoria que devino de una sentencia condenatoria, por haberse cometido un hecho punible, que nada altera algún derecho constitucional.'

En efecto, esta Sala Constitucional ha sostenido reiteradamente, que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad no constriñe el derecho al honor y a la protección de la honra, por cuanto dicha pena lo que materializa es una *"forma de control por un período determinado"*; asimismo, este Alto Tribunal ha señalado que esa pena accesoria no tiene carácter denigrante o infamante, sino que la misma evita que los reos cometan nuevos delitos, concluyendo; por lo tanto, que la sujeción a la vigilancia de la autoridad no altera derecho constitucional alguno.

No obstante, la Sala considera que se hace necesario un reexamen de la doctrina arriba señalada por la Sala, respecto a la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, con ocasión de la utilización del control difuso de la constitucionalidad, hecha el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, para lo cual, se observa lo siguiente:

De acuerdo al contenido del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la libertad es un derecho

inviolable; asimismo, consagra dicha norma que toda persona tiene derecho a estar en libertad, a menos que exista una decisión judicial que provea lo contrario o sea capturada *in fraganti* en la comisión de un delito. Ese derecho a la libertad personal, es un derecho intrínseco de la persona y se puede concluir, que es el derecho más importante después del derecho a la vida.

Sin embargo, el derecho a la libertad, no es un derecho absoluto, toda vez que el mismo puede ser restringido. Esa restricción resulta cuando una persona comete un hecho delictivo y, por disposición legal, debe cumplir una pena privativa de libertad.

Mediante la pena, el Estado le impone a una persona determinada la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señalen la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos; a pesar de que la pena en sí equivale a la restricción de las libertades públicas que debe soportar el ser humano que es declarado responsable de un injusto punible.

De acuerdo con el contenido del nuestro Código Penal, las penas se clasifican en corporales y no corporales; principales y accesorias.

Las penas corporales son aquellas que restringen la libertad personal de un individuo; y las no corporales restringen otros derechos que no se corresponden con la libertad individual. Por su lado, las penas principales, son aquellas que la ley aplica directamente al castigo del delito, y las accesorias se refieren a las que la ley trae como adherentes a la principal, ya sea en forma necesaria o imprescindible, o en forma accidental.

Entre las penas no corporales encontramos, las siguientes: sujeción a la vigilancia de la autoridad pública, interdicción civil, inhabilitación política, inhabilitación para ejercer alguna profesión, industria o cargo, multa, entre otras. Estas penas accesorias, que se encuentran contempladas en el Código Penal, así como en otros textos penales sustantivos, deben necesariamente ser impuestas conjuntamente con las principales. El juez de Control o de Juicio las aplicará, dependiendo del caso en

concreto, velando que las penas accesorias sean las que el legislador penal estableció para cada delito en concreto, como sería la sujeción a la vigilancia de la autoridad, en el caso de que el responsable sea condenado a cumplir la pena principal de presidio o de prisión, dependiendo del delito que se la haya atribuido al responsable de su comisión.

Así pues, encontramos que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad data del ordenamiento jurídico penal de 1863, manteniéndose incólume en los Códigos Penales de 1915 y sus reformas, así como las de 1926, 1964, 2000 y 2005. Dicha pena accesoria se encuentra prevista en los artículos 13, 16 y 22 del Código Penal, los cuales textualmente prescriben:

Artículo 13

"Son penas accesorias de la de presidio:

1° La interdicción civil durante el tiempo de la pena.

2º.- La inhabilitación política mientras dure la pena.

3º.- La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una cuarta parte del tiempo de la condena, desde que ésta termine".

Artículo 16

"Son penas accesorias de la prisión:

1° La inhabilitación política durante el tiempo de la condena.

2° La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una quinta parte del tiempo de la condena, terminada ésta".

Artículo 22

"La sujeción a la vigilancia de la autoridad pública no podrá imponerse como pena principal, sino como accesoria a las de presidio o prisión, y obliga al penado a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de los Municipios donde resida o por donde transite de su salida y llegada a éstos."

De modo que, la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad es una pena no corporal, de carácter accesorio, que es complementaria de la pena de presidio y de prisión y persigue un objetivo preventivo, el cual consiste, en teoría, en reinsertar socialmente al individuo. Consiste, como lo establece el artículo 22 anteriormente transcrito, en la obligación para el penado de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio donde

resida o por donde transite de su salida y llegada a éstos. Sin embargo, esta pena de sujeción a vigilancia de la autoridad, comienza cuando se ha cumplido la pena principal de presidio o de prisión.

Ahora bien, toda pena, ya sea principal, no principal, corporal y no corporal, va a constituir un control social negativo, por cuanto a través de un castigo se sustrae a un sujeto de aquellas conductas que no son aceptadas por la totalidad de los individuos. Así pues, si bien es verdad que la sociedad en el estado actual de su desarrollo acude a las penas como medio de control social, también lo es que a ella sólo puede acudirse *in extremis,* pues la pena privativa de libertad en un Estado democrático y social de derecho y de justicia sólo tiene justificación como la *ultima ratio* que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de la gravedad del delito, cuya valoración es cambiante conforme a la evolución de las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado.

Para el derecho penal moderno, es importante que toda pena no sea excesiva, es decir, que no sea abusiva y desmesurada; y ello responde a una exigencia de la justicia, así como de la política criminal. Esa exigencia, no sólo comprende a las penas principales o corporales, sino también debe incluir a las penas accesorias y no corporales, toda vez que todas ellas son consecuencias jurídicas del delito.

Ahora bien, la Sala observa que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad es excesiva de la pena que causa el delito. La sujeción a la vigilancia de la autoridad, a pesar de que no es una pena principal, restringe la libertad plena a la que tiene derecho el penado luego de cumplida la pena principal, por lo que la misma, a juicio de esta Sala, se convierte en excesiva.

En efecto, la consecuencia natural del cumplimiento de la pena corporal es que se acuerde la libertad plena. Sin embargo, esta plenitud no es alcanzada por el ciudadano que cumplió su pena principal, por cuanto debe sujetarse a una pena accesoria que, en fin, se trata de una extensión de hecho de la condena privativa de libertad, pudiendo exceder con creces la privativa de libertad a la pena máxima establecida constitucionalmente en el

artículo 44.3 *in fine* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; ya que en efecto, con la sujeción a la vigilancia de la autoridad, se subordina a un ciudadano, que ya ha cumplido su pena privativa de libertad, a una libertad condicionada, que es una especie de restricción de la libertad, contraria a la libertad plena a la cual tiene derecho el penado una vez cumplida la pena de presidio o prisión.

En efecto, a juicio de la Sala, la sujeción de vigilancia a la libertad obliga al penado a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio sobre el lugar donde resida o por donde transite, lo que equivale a un régimen de presentación que limita, a todas luces, la libertad individual.

Para la Sala, basta el cumplimiento de la pena de presidio o de prisión para justificar la privación de libertad de una persona, el que se restrinja por extensión la libertad plena a través de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, es contrario al espíritu del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Se insiste, esa extensión de hecho, podría ir más allá de lo establecido en la Carta Magna, respecto al límite que debe tener toda pena que prive, de algún modo, la libertad plena del individuo. En efecto, de acuerdo con el artículo 44.3 *in fine* constitucional las penas privativas de libertad no excederán de treinta años, por lo que, verbigracia, si una persona es condenada a cumplir la pena de presidio por treinta años, no debería -por existir esa limitante y por tratarse de una especie de restricción de libertad-, estar sujeta a un cuarto de la pena bajo la sujeción a la vigilancia de la autoridad, ya que ello se convertiría en una extralimitación de lo señalado en la Carta Magna.

Lo anterior demuestra que la sujeción a la vigilancia de la autoridad es una pena excesiva, por lo que no cumple con las exigencias del derecho penal moderno.

Además, cabe acotar que el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas desaplicó los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, los cuales prevén la pena de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, al considerar que dicha figura penal *"...además de estar comple-*

tamente en desuso, es violatoria a los derechos humanos más intrínsecos del penado”. Adicionalmente, vale otra reflexión.

En la práctica la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad siendo una pena de auto ejecución su eficacia depende de las persona sujeta a la misma; ahora bien, toda vez que su eficacia depende de la propia presentación del penado ante la autoridad pública, aunado a lo cual debe tomarse en cuenta, tal como lo sostuvo el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, que las condiciones geográficas de las ciudades venezolanas han cambiado sustancialmente en los últimos años, convirtiéndose en grandes urbes cosmopolitas en las cuales existen varios Jefes Civiles, resultando imposible, por lo tanto, que dichos funcionarios pudiesen ejercer algún tipo de control sobre los penados que están sometidos a esa pena accesoria, es lógico concluir que con ella no se hace efectiva la reinserción social del penado.

Esa inutilidad ya ha sido advertida por la Sala, al darse cuenta sobre la inconveniencia de la pena accesoria de sujeción a la vigilancia a la autoridad, respecto a la figura de los Jefes Civiles, en sentencia N° 424 del 6 de abril de 2005 (caso: *Miguel Ángel Gómez Oramas*). La Sala estableció que:

“... la figura de la primera autoridad civil del Municipio, que fue el funcionario que el legislador penal de 1926 habilitó, probablemente, de acuerdo con las disponibilidades y concepciones de la época, para el ejercicio del referido control, viene a ser, entonces, el equivalente a la figura actual del delegado de prueba, que se ha desarrollado, fundamentalmente, a partir de la vigencia de leyes penales complementarias como las de Régimen Penitenciario de 1981 (artículo 76), Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena, de Libertad Provisional bajo Fianza (artículo 15), de Beneficios en el Proceso Penal (artículo 18) y, por último, el Código Orgánico Procesal Penal (artículo 496). En el orden de las ideas que acaban de ser expresadas, se concluye que, por virtud de interpretación progresiva del artículo 22 del Código Penal, debe entenderse que el control postinstitucional del penado, incluso la vigilancia a la autoridad a la cual éste haya quedado sometido, de acuerdo con los artículos 13 y 15 eiusdem, está a cargo, en primer término, del Juez de Ejecución y el ejercicio efectivo e inmediato de dicho control corresponde al delegado de prue-

ba que será designado por el Ministerio del Interior y Justicia, de acuerdo con el artículo 497 del Código Orgánico Procesal Penal, mientras no entre en vigencia la ley que desarrolle el artículo 272 de la Constitución.”

No obstante, esta Sala considera que, a pesar de que la función que estableció el Código Penal a los Jefes Civiles fue absorbida jurisprudencialmente por los delegados de prueba, esa solución no ha sido definitiva, en virtud de que ello no ha resuelto la ineficacia de la pena de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, por cuanto queda a responsabilidad del penado, que ya cumplió su pena privativa de libertad, acudir a los delegados de prueba, en aquellos casos que transite por varios lugares; resultando iluso el quebrantamiento de la condena previsto en el artículo 262 del Código Penal, que establece una sanción para el incumplimiento de la pena accesoria de la sujeción a la vigilancia de la autoridad; al no existir un mecanismo de control que permita supervisar el cumplimiento de la sujeción a la vigilancia de la autoridad. Por lo tanto, al no existir ese mecanismo, la pena accesoria deviene, además de excesiva, en ineficaz.

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional introduce un cambio de criterio, en relación a la doctrina asentada respecto a la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, por lo que, en conclusión, se estima, con la argumentación explanada, que se encuentra ajustada a derecho la decisión dictada el 4 de septiembre de 2003, por el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, que desaplicó la sujeción a la vigilancia de la autoridad civil del penado Asdrúbal Celestino Sevilla. Así se decide.

2.1.8.- Cálculo de la pena

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 950, Fecha: 11/07/2000

NULIDAD DE OFICIO

En el presente caso, a pesar de que el error en que incurrió la recurrente al fundamentar sus alegatos en contra de la resolución dictada por el Juez de Juicio, y no en contra de la Corte

de Apelaciones, lo que sin duda conlleva a la desestimación del recurso, esta Sala en su labor de revisión ha observado, que si bien es cierto que la decisión dictada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Táchira declaró inadmisible el recurso de apelación, esa declaratoria constituye un error de la interpretación del artículo 449 del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto se evidencia de dicho fallo que el juez a-quo no sólo decide sobre la apelación, expresando sus fundamentos con la base de las comprobaciones de hecho ya fijadas por la decisión recurrida, sino que además estableció sus propias consideraciones respecto a los puntos alegados por el recurrente en su escrito, confirmando por ende, la decisión dictada por el Juez de Juicio No. 6 del citado Circuito Judicial Penal, por lo que la declaratoria en cuestión ha debido ser sin lugar, y en ningún caso inadmisible.

Sobre la base entonces, de que la realización de la justicia, por encima de las formalidades superfluas, satisfaga la aplicación del derecho en el establecimiento de un fallo justo, procede esta Sala a conocer y corregir el vicio en que incurrió la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Táchira, por la errónea interpretación del precepto legal contemplado en el artículo 37 del Código Penal, el cual no puede ser convalidado, a tenor de lo dispuesto en los artículos 208 y 212 del Código Orgánico Procesal Penal, toda vez que la violación en que incurrió el fallo impugnado incide de manera determinante sobre la pena, dado que se contrapone con los principios y garantías procesales que consagra la propia Constitución de la República.

La sentencia dictada en fecha 15 de noviembre de 1999 por la Corte de Apelaciones, que confirma el criterio sustentado por el Tribunal de Primera Instancia en Función de Juicio Número 6, mediante el cual condena al imputado a cumplir la pena de trece años y cuatro meses de prisión por el delito de Transporte de Estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 34 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, establece lo siguiente:

“…La decisión dada por el Juez de Juicio competente a criterio de esta Alzada, hizo el análisis de los hechos y circunstancias que se necesitaba para la acreditación respectiva, y, de ellos y al sentenciar conforme a las reglas de valoración que dispone el

artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, hizo la rebaja en el quantum a que se contrae el artículo 376 ejusdem. La parte apelante alega que hubo violación por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica (artículo 37 del Código Penal), circunstancia prevista en el ordinal 4º del artículo 444 de la Ley Adjetiva Penal vigente.

Para decidir sobre la apelación formalizada esta Corte hace las siguientes observaciones:

PRIMERA: Es criterio que al artículo 37 del Código Penal citado por el recurrente, dispone que 'Cuando la Ley castiga un delito o falta, con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y cuando la mitad; según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto, debiéndose compensárselas cuando las haya de una y otra especie' (Texto del encabezamiento del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, que también ha dado base a la sentencia y a la reclamación que sobre la misma se hace la apelación; 'En la audiencia Preliminar, el imputado, admitidos los hechos objeto del proceso, podrá solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos, deberá el Juez rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado. Sin embargo, si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, el juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta en un tercio', en el que se establecen parámetros que están supeditados al criterio del juzgador en lo que concierne a la rebaja en la penalidad puesto que ella, la penalidad, está sujeta por un lado al bien jurídico que se afectaría y por el otro, el daño social que el ilícito conlleva. Esta observación pretende conducir el razonamiento hacia un concepto que es básico en materia de Derecho Penal, cuando se trata de la interpretación de las normas sustantivas y adjetivas de este campo (el penal): tanto el juzgador como la parte que se interviene en el proceso ya como defensor, acusador o querellante, deben tener presentes dos aspectos fundamentales: **UNO**, la distinción o diferenciación entre los conceptos de la aplicación de la Ley, de la interpretación de la Ley y de la investigación de la Ley; el **OTRO,** la consideración, que la Ley es la única fuente

del Derecho Penal. De acuerdo con esto a juicio de la Corte de Apelaciones el Juez a-quo realizó la adaptación precisa de la norma abstracta (artículo 34 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas) al caso concreto (retención y decomiso de la cantidad de droga arriba indicada), esta última no se le atribuye el comportamiento de la parte defensora porque con la admisión de los Hechos no se entró a realizar la operación que si hizo el juez en base a la Acusación Fiscal. En lo que toca a la investigación de la Ley cabe aquí indicar que también fue efectuada correctamente por el Juez de la causa cuando hizo la determinación de la pena aplicable al sujeto infractor. La defensa en este plano no realizó otra cosa que una simple interpretación a conveniencia.

SEGUNDA: Cree esta Corte de Apelaciones y en esto es conteste con la doctrina nacional, que la interpretación de la Ley no es otra cosa que la búsqueda 'del sentido y significado de una norma concreta para medir su precisa extensión' por eso se establece que 'LA NORMALMENTE APLICABLE', ha indicado que no necesariamente es esa la medida para la sanción. Además el Código Orgánico Procesal Penal, da facultad al Juez, para apreciar las pruebas según su libre convicción, según las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, y deja margen abierto para establecer una rebaja en la penalidad cuando se admiten los hechos. Este caso (que se atendiera fuera de la oportunidad legal que pauta la norma adjetiva vigente) no puede dar origen a una reclamación como la contenida en el RECURSO, toda vez que los términos que emplea la ley en su artículo 444 ejusdem, no dejan espacio para llevar lo decidido por la Juez de la causa a lo que es la violación de la Ley, por inobservancia o por errada aplicación de la normas reguladoras en el proceso...".

De lo expuesto se evidencia que el fallo impugnado da por establecido que la pena aplicada al imputado de autos es una "adaptación precisa de la norma abstracta (artículo 34 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas) al caso concreto (retención y decomiso de la cantidad de droga...)..."; que de la interpretación dada al artículo 37 del Código Penal cuando el legislador señala "...que LA NORMALMENTE APLICABLE, ha indicado que no necesariamente es esa la medida para la sanción..."; que cuando el Código Orgánico Procesal

Penal faculta al Juez para apreciar las pruebas, "...deja margen abierto para establecer una rebaja en la penalidad cuando se admiten los hechos...".

La Corte de Apelaciones intenta convalidar la indebida interpretación en que incurrió el juez de juicio al momento de determinar la pena aplicable, cuando este último, motivado por la cantidad de sustancias estupefacientes decomisada, impuso al imputado el límite máximo de la pena correspondiente a 20 años de prisión.

Ahora bien, el artículo 37 del Código Penal establece lo siguiente:

"Cuando la ley castiga un delito o falta con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad; se la reducirá hasta el límite inferior o se la aumentará hasta el superior, según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto, debiendo compensárselas cuando las haya de una y otra especie.

No obstante, se aplicará la pena en su límite superior o en el inferior, cuando así lo disponga expresamente la ley, y también se traspasará uno u otro límite cuando así sea menester en virtud de disposición legal que ordene aumentar o rebajar la pena correspondiente al delito en una cuota parte, que entonces se calculará en proporción a la cantidad de pena que el Juez habría aplicado al reo si no concurriese el motivo del aumento o de la disminución. Si para el aumento o rebaja mismo se fijaren también dos límites, el Tribunal hará dentro de éstos el aumento o rebaja respectivo, según la mayor o menor gravedad del hecho.

En todos estos casos se tendrá siempre presente la regla del artículo 94".

Esta disposición establece el modo de aplicar las penas. Ella fija dos límites al aumento o rebaja según la mayor o menor gravedad del hecho. Expresamente el citado artículo no impone a los jueces tomar el término medio de los límites fijados para determinar el aumento o rebaja aplicable, sino que deja a la libre apreciación de aquellos fijar la cuota parte aumentable o dismi-

nuible, según la estimación que deben hacer de la gravedad de los hechos.

Lo ordinario es que al delito se le aplique el término medio de la pena establecida. Esa es la regla general, pero si concurren circunstancias que agraven o atenúen la responsabilidad, entonces el juez las pesará, las comparará para establecer el justo medio de la condena.

La disposición comentada autoriza al juez para subir o para bajar en el escalafón de la pena desde ese término medio hasta el máximo, o hasta el mínimo; si a su juicio, las circunstancias agravantes pesan más que las atenuantes, impone más de la mitad de la pena señalada; si las atenuantes son de mayor entidad que las agravantes, rebaja; y si son iguales, pone el término medio. Eso es prudencial y queda sometido al recto criterio del juzgador, para que aumente o disminuya la pena, sin incurrir en injusticia y con la proporción debida.

En el caso planteado el delito cometido se trata del previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, el cual prevé una pena de prisión de diez (10) a veinte (20) años, siendo la pena impuesta el límite superior por la cantidad de sustancias decomisadas, y que por aplicación de lo establecido en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, se le rebajó a un tercio de la misma, quedando en definitiva en trece años y cuatro meses de prisión.

Existen reglas rectoras en el proceso de creación o formulación de tipos penales para predeterminar la penalidad imponible. Ellas deben ser analizadas por los rectores de la justicia al momento de interpretar y aplicar al caso concreto una pena y un cálculo de la misma, acorde con todo el conjunto de aspectos implicados.

Se observa al respecto, que la ley que rige la materia de estupefacientes en el artículo 43, establece taxativamente cuáles son las circunstancias agravantes del delito de tráfico en todas sus modalidades, previstas en los artículos 34 y 35 de la misma ley. De allí se desprende que la cantidad de droga decomisada no constituye una circunstancia que agrave la pena establecida en el artículo 34, al grado de aumentarla a 20 años, dado que

lo dispuesto en el citado artículo 43, son circunstancias agravantes legales; mal puede entonces el juez sentenciador, a su criterio, establecer otras de tipo judicial.

En virtud de lo anterior, y a los fines de preservar la legalidad en contrapartida de la injusta pena aplicable para que el juez tome en cuenta el principio de la proporcionalidad de la respuesta punitiva, esta Sala deja sin efecto la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Táchira, en lo que respecta a la pena aplicada al imputado JESUS ANTONIO ARIAS CHACON y pasa de seguido a pronunciarse sobre el mérito del asunto:

PENALIDAD

El ciudadano JESUS ANTONIO ARIAS CHACON, identificado con anterioridad, ha sido condenado a cumplir la pena de trece años y cuatro meses de prisión por el delito de TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES, previsto y sancionado en el artículo 34 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, mediante la aplicación del procedimiento especial por Admisión de los hechos, contemplado en el artículo 376 del Código Penal.

Dicho artículo prevé que en la audiencia preliminar el imputado, una vez admitidos los hechos, podrá solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos el juez deberá rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado.

Ahora bien, la pena aplicable por el delito de TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES es de diez a veinte años de prisión, según lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que rebajada en su termino medio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Código Penal, la pena es de quince años de prisión.

Por otra parte, habida cuenta de que el imputado tiene buena conducta predelictual, se reduce al límite mínimo, esto es, 10 años de prisión; los cuales al restarle el tercio de la pena por la admisión de los hechos indicada en el artículo 376 del Código

Orgánico Procesal Penal, queda en SEIS (6) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN.

Por lo antes expuesto se concluye que la pena aplicable al ciudadano JESUS ANTONIO ARIAS CHACON, por la comisión del delito de TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES es de SEIS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN.

2.2.- Valores superiores del ordenamiento jurídico y derechos irrenunciables de la Nación

2.2.1.- Libertad de expresión y Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1942, Fecha: 15/07/03

"…la Sala debe puntualizar que las leyes que exijan las responsabilidades provenientes del uso abusivo de la libertad de expresión, en las áreas permitidas por la Constitución y los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales suscritos por Venezuela, deben adaptarse a los principios que informan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contenidos en el Título de los Principios Fundamentales de la vigente Constitución, en particular, el artículo 2 constitucional, el cual es del tenor siguiente:

"Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".

Dentro de un Estado Democrático, entre cuyos valores se encuentra la libertad, la ética y el pluralismo político, el hecho político debe tenerse en cuenta al medir el acto abusivo del derecho a la libre expresión, ya que, de no ser así, quienes intervienen en la lucha política se convertirán en unos eunucos, ya que no podrían exponer a sus seguidores, o a quienes pretendan los acompañen, sus ideas y fines."

2.2.2.- Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1942, Fecha: 15/07/2003

"…esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su decisión N° 1942/2003 precisó, en relación con el artículo 23 constitucional, lo siguiente:

"*A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23:* ***1)*** *Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales;* ***2)*** *Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos. (…)*

´Repite la Sala, que ***se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales****, ya que el artículo 23 constitucional es claro:* ***la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara.*** *(….)*

Resulta así que ***es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno****; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.*

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos

Humanos *suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes. (…)*

A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución*, el cual reza: ´La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución` siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.*

Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos*…(…)*

´La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara. (…)

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son -por ejemplo- las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 eiusdem). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos per se, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, ***la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables****, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.*

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, ***la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República***” (subrayados de este fallo).”

Existen diversos organismos internacionales de los cuales algunos emiten verdaderos actos jurisdiccionales, mientras otros producen actos administrativos o simples recomendaciones.

En lo atinente a actos jurisdiccionales, estos organismos podrían dividirse en:

1) Supranacionales, cuyas decisiones de cualquier clase se ejecutan forzosamente en los países signatarios de los Convenios que los crean, quienes al suscribirlos ceden en alguna forma su soberanía y de allí que la ejecución de los fallos sea incondicional.

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello po-

dría ocurrir, cuales son -por ejemplo- las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 *eiusdem*). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos per se, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República.

Las decisiones pueden resultar obligatorias respecto a lo decidido, creando responsabilidad internacional por el incumplimiento (por ejemplo el artículo 87.7 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), pero nunca en menoscabo de los derechos contenidos en el artículo 1 constitucional, disminuyendo o enervando las competencias exclusivas de los órganos nacionales a quienes la Constitución atribuye determinadas competencias o funciones.”

2.2.3.- Supremacía constitucional, Estado Constitucional, interpretación constitucional y Estado democrático y social de Derecho y de Justicia

2.2.3.1.- Interpretación conforme a la Constitución

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 3167, Fecha: 09/12/2002

"…La interpretación constitucional posibilita el giro del proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (verfassungskonforme Auslegung von Gesetze). Tal conformidad requiere del cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. Les Forces créatrices du droit, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo…".

2.2.3.2.- Garantía jurisdiccional de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1883, Fecha: 05/10/2001

"…la solicitud de revisión constitucional, cumple de igual modo reiterar la inveterada jurisprudencia sentada por esta Sala, mediante la cual ha afirmado su **competencia para revisar decisiones de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y, cuando proceda, declarar la nulidad de aquéllas que contraríen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya fijado este Máximo Intérprete Constitucional, siempre y cuando tal actuación cumpla con el fin de: a) uniformar la interpretación de la Constitución; b) dictar pautas de aplicación constitucional y c) reconducir a prácti-**

cas legitimadas por la nueva Constitución, actitudes judiciales nacidas al amparo de preceptos legales o constitucionales derogados o de principios o valores superados (cf. sent. dictada en el exp. n° 00-2783, caso: *Antonio Volpe González)*.

Ello es así, en primer lugar, desde que **dichos operadores judiciales están también, a tenor de lo que expresa el primer párrafo del artículo 334 de la Constitución, "*...en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución*". De igual modo, están obligadas las demás Salas, conforme al primer párrafo del artículo 335 constitucional, a garantizar "*...la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*", y serán, *en sus respectivas jurisdicciones y según sus competencias*, los máximos y últimos intérpretes de esta Constitución. Asimismo, *en sus respectivas jurisdicciones y según sus competencias*, velarán por su uniforme interpretación y aplicación**. Ello significa que las demás Salas están vinculadas directamente a los principios y normas de su competencia, por lo que su tarea interpretativa la cumplen conforme a la potestad que les confiere la Constitución; del mismo modo, a esta Sala Constitucional corresponde la jurisdicción constitucional y la protección de la Constitución, como lo disponen los artículos 266.1, 334.1, 335 y 336.1 *eiusdem.*

En segundo término, dicha potestad de revisión se deduce positivamente del artículo 335 de la Carta Magna, conforme al cual las "*interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República*". Nuestra Constitución, al vincular a las demás Salas de este Tribunal Supremo a la doctrina de la Sala Constitucional (artículo 334, primer párrafo y articulo 335, segundo párrafo) **-según el principio de supremacía de la Constitución- y al dar potestad a esta Sala Constitucional para tutelar la Carta Magna como cúspide de la Jurisdicción Constitucional -en ejercicio del Poder de Garantía Constitucional- deviene, pues, autorizada para revisar tanto las decisiones que dicten las demás Salas en contravención de la Norma Fundamental, como en oposición a las interpretaciones que de la Constitución realice la Sala Constitucional**.

No obstante, la Sala estima, y así lo aclaró en su sentencia n° 37/2001, caso: *Israel Fernández Amaya,* que **el ejercicio de la jurisdicción constitucional, conforme lo prevé el artículo 266.1 y el Título VIII sobre la Protección de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no implica superioridad jerárquica de la Sala Constitucional, sino potestad para garantizar la supremacía Constitucional conforme al Estado social de Derecho y de justicia proclamado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. La doctrina constitucional clásica ha asignado al Máximo Tribunal la atribución de dirimir los conflictos dentro de los poderes públicos *ex auctoritate*, pese al principio de la división del poder y la propiedad de las potestades que corresponden a cada rama del Poder Público. De modo que cuando el artículo 335 citado atribuye a la Sala Constitucional competencia para revisar las sentencias de las otras Salas, no afecta al artículo 136 *eiusdem*, sino que consagra una atribución exigida por la racionalidad del sistema democrático, a saber, la de la garantía jurisdiccional de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo dispone el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En suma, la competencia revisora de la Sala Constitucional no es jerárquica sino potestativa."

2.2.3.3.- Supremacía constitucional, libertad, esencia jurídica del arresto, valores e interpretación progresiva.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 379, Fecha: 07/03/07

"...Previo a cualquier análisis de fondo que pudiera hacer esta Sala sobre la constitucionalidad o no de dicho precepto legislativo, debe en primer lugar, citarse lo dispuesto en el artículo 647 literal g de la referida ley, el cual dispone:

Artículo 647. El procedimiento para la aplicación de las sanciones estará sujeto a las normas siguientes:

...omissis...

g) Si el multado no pagare la multa dentro del término que hubiere fijado el funcionario, éste se dirigirá de oficio al Juez de Mu-

nicipio o Parroquia del lugar de residencia del multado, para que dicha autoridad le imponga el arresto correspondiente. En todo caso, el multado podrá hacer cesar el arresto haciendo el pago".

En este sentido, se aprecia que la norma *in commento* establece una infracción del siglo pasado de las legislaciones administrativas de convertir la sanción de multa en pena de arresto, como medida coercitiva ante la infructuosidad del cumplimiento de la multa.

Al efecto, debe destacarse que la sanción de arresto, como elemento característico de todas las sanciones, tiene un efecto aflictivo sobre la esfera de los derechos del infractor, pero su ámbito de incidencia no se dirige a los efectos patrimoniales del infractor o la reparación de los daños causados, sino a incidir sobre la libertad personal del mismo, por la comisión de un hecho ilícito tipificado en la ley.

Así pues, se aprecia que la medida de arresto es una medida de restricción de libertad, la cual se caracteriza por ser impuesta por lapsos breves y que se encuentra dirigida a sancionar la comisión de un hecho ilícito por una persona previamente establecida en la ley, mediante la orden de una autoridad judicial.

Esta puede ser concebida por el legislador como una medida provisional, la cual sólo podrá ser ejecutada por las autoridades administrativas siempre y cuando la comisión del hecho punible se haya realizado, sin que sea necesario su consumación y haya sido detenido el infractor de manera *in fraganti*, o cuando la misma devenga como una medida definitiva de carácter coercitivo ante el incumplimiento previo de una sanción como la multa, tal y como ocurre en el caso de autos.

Así, podemos apreciar que el derecho constitucional tutelable y objeto de restricción en el presente caso, es el derecho a la libertad personal, el cual consecutivamente al derecho a la vida, es el derecho personalísimo del ser humano de mayor importancia, por cuanto lleva implícito otra serie de derechos, los cuales pueden ser ejercidos con la satisfacción del primero de ellos.

Dicho derecho constituye uno de los atributos específicos de la persona, intrínsicamente vinculado con su libertad de capa-

cidad y obrar, razón por la cual su consagración dentro del Estado de Derecho se encuentra concebida en sentido negativo, es decir, la Constitución y las leyes sólo conciben sus limitaciones y no su ejercicio ni los mecanismos de ello, sino los límites a los que debe atenerse el ciudadano y la especificación de los supuestos en los cuales puede ser restringido tal derecho. (Vid. LÓPEZ GUERRA, Luis; *Derecho Constitucional*, Vol. I, Edit. Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 245-249).

En efecto, se aprecia que el mencionado derecho a la libertad personal tiene su consagración constitucional en el artículo 44, el cual en consonancia con el texto del preámbulo de la Constitución al consolidar a la libertad de sus valores primordiales de la refundación de la República "(...) ***para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia (...) que consolide los valores de la libertad*** (…)", le dio un rango de supremacía y respeto a ser objeto de análisis en cuanto a la interpretación de las normas constitucionales y de los textos legales que contengan alguna restricción de tal derecho (Vid. En igual sentido, los artículos 1 y 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Al respecto, debe advertirse que la influencia y relevancia del principio de supremacía constitucional, establecido en el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se encuentra como un principio aislado dentro del ordenamiento jurídico, sino como bien se expuso antes, existen una serie de valores constitucionales los cuales constituyen lo que los doctrinarios constitucionales norteamericanos conocen como el espíritu de la Constitución "***the spirit of the Constitution*****"**. (Vid. WILLOUGHBY, Westel W.; "*The Constitucional Law of the United States*", T.I. New York, 1929, p. 68).

Este núcleo esencial, está recubierto de una serie de valores axiológicos que coordinan y adecúan la interpretación de las normas constitucionales así como las del resto del ordenamiento jurídico, las cuales rigen y le dan contenido a un determinado Estado, en pocas palabras, constituyen su fundamento y su incumplimiento desnaturaliza la esencia del Estado.

En este orden de ideas, debe destacarse lo expuesto por PERALTA, el cual de manera clara expone que tales valores constitucionales constituyen "(…) *un eje axiológico que interpenetra en todas las disposiciones del ordenamiento jurídico, configurando un argumento interpretativo teleológico para la comprensión global unitaria de toda nuestra realidad jurídica*". (Vid. PERALTA, R.; "*La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*", Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 91).

Ello así, se destaca el elemento de relevancia y respeto de los valores superiores como el núcleo central o el elemento espiritual de la Constitución, o haciendo una comparación y trasladar tal concepción, se le puede transfigurar a un ser viviente que lucha por su no fenecimiento y desarrollo de su libre personalidad en la búsqueda de una mejor calidad de vida y en la satisfacción de sus derechos y garantías, sin abandonar el cumplimiento de sus deberes.

Afirmar lo contrario, implicaría concebir al Estado como un ente carente de funcionamiento y cuyas disposiciones deben mantenerse inertes y sin un ajuste a la realidad social, lo cual sin duda alguna, implica para esta Sala necesario erradicar tal concepto y pasar a formular que ello debe analizarse atendiendo a los valores constitucionales, en este sentido, así ésta -Constitución- necesita y así se encuentran concebidos tales valores como elementos esenciales que su desarrollo le dan vida a la formulación del Estado.

En este sentido, es categórica la frase expuesta por el derecho norteamericano, que refleja que "(…) *una Constitución debe ser interpretada por el espíritu, que vivifica, y no por la letra muerta, que mata*", lo mismo se acoge en franca sintonía con la labor que ejerce esta Sala Constitucional como el operador judicial de una maquinaria, la cual se encuentra representada por la Constitución y obliga a guiar este sistema a un fin social de desarrollo del Estado asegurando un equilibrio entre los factores que intervienen en el mismo. (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 325/2005).

En esta misma línea argumentativa, sobre la relevancia de tales valores en el contexto constitucional, se encuentra GARCÍA DE ENTERRÍA, quien destaca:

"La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un «orden de valores» materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que le ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada -y todas lo son para la Constitución- podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación al servicio, precisamente a dichos valores.

...omissis...

Estos valores no son simple retórica, no son (...) simples principios «prográmaticos», sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación

...omissis...

Esos principios, cuyo alcance no es posible, naturalmente, intentar determinar aquí, si se destacan como primarios en todo el sistema y protegidos en la hipótesis de reforma constitucional, presentan, por fuerza, una «enérgica pretensión de validez», en la frase de BACHOF, (...) y constituyen, por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma". (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; "*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*", Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 97-99).

Dentro de estos valores y, como fue destacado previamente se encuentra la libertad, como unos de los primordiales en virtud de su ubicación cronológica y de desarrollo teleológico en el devenir del Estado y de las personas, libertad la cual no sólo se restringe a la libertad personal, sino que la misma se expande o amplía su catálogo de concepción a la

libertad religiosa, al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la laboral, a la sindical, entre otras.

En cuanto al valor de relevancia del derecho a la libertad personal, ya se ha pronunciado esta Sala con anterioridad, en sentencia N° 130/2006, en donde se precisó el carácter constitucional de tal derecho y su garantía en un Estado de Derecho Social y de Justicia, como se constituye el Estado Venezolano. Al efecto, dispuso la Sala:

"Ahora bien, resulta oportuno destacar que en sentencia del 29 de mayo de 2003 (Nº 1372, dictada en este mismo caso, con ocasión del pronunciamiento sobre la posible perención de la instancia), la Salasostuvo, sin pretender menospreciar el resto de los derechos, que la libertad personal destaca, desde el origen mismo del Estado moderno, en el conjunto de los derechos fundamentales. No es casual –se destacó- que haya sido la libertad personal una de las primeras manifestaciones de derechos particulares que se conoció en la evolución histórica de los derechos humanos. De hecho -y así lo resaltó también la Sala en ese fallo del 29 de mayo de 2003-, existe una acción especial que sirve para proteger la libertad personal: el habeas corpus. Basta recordar –y asimismo lo hizola Sala- que durante la vigencia de la Constitución de 1961, si bien erradamente se entendió que no podía existir la acción de amparo mientras no se hubiera dictado la ley que la regulase, no se negó la procedencia del hábeas corpus, acción de tanta importancia que el propio Constituyente le dedicó una norma especial, en la que reguló ciertos aspectos procesales. De esta manera, ***la libertad personal es principio cardinal del Estado de Derecho venezolano****".* (Negrillas del original)..."

2.2.4.- Fines del Estado y Derecho.

2.2.4.1.- Bien común, justicia social y dignidad del ser humano.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
***Nº* 1626/2006**

"En definitiva, si bien ***el aseguramiento del bien común ha sido un objetivo primordial del Estado desde su nacimiento****, recientemente se impone una adecuación y reformulamiento*

mayor, en virtud de los devenires económicos que están enfrentando nuestras sociedades a través de procesos integrados y de desarrollos económicos trasnacionales, los cuales pueden en un momento determinado exigir del Estado, en resguardo de los intereses nacionales y del desarrollo colectivo interno, una acción multiforme en los campos económicos y social, lo cual puede en determinadas circunstancias conllevar a que el influjo estatal no se enfoque en una actividad rectora y veladora sino que requiera ante la insuficiencia del mercado interno, la asunción de determinadas actividades fungiendo como particulares, para propender al desarrollo del colectivo o en defensa de los intereses de la Nación.

***El fin último y objeto primordial del Estado (ex artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), es el desarrollo del ser humano y la consecución de una prosperidad social, siendo éste su núcleo de protección, por lo que deben disponerse y ejecutarse todas aquellas medidas necesarias y relevantes para la propensión del mismo, en caso contrario, estaríamos afirmando la existencia y creación de un ser innatural, inocuo e ineficaz de contenido y acción**.*

Es por ello, que la consecución de esos valores y bienes mínimos de resguardo para el ser humano justifican la actividad humana de una nación y de su pueblo, representada a través del Estado, en este sentido debe citarse lo expuesto por José María Guix Ferreres: 'La actividad humana procede del hombre. Por consiguiente, no puede orientarse a otro objetivo último que el mismo hombre. La creación de riquezas, el dominio del universo, la misma organización de la vida social no son más que objetivos intermedios y subordinados; el fin último, en el plano natural, es el desarrollo y perfeccionamiento del hombre tanto en sus facultades personales como en sus relaciones sociales. El hombre (y lo mismo podemos decir de la sociedad) vale más por lo que es y por lo que se hace con su actividad que por las cosas que posee'.

De estos postulados y finalidades del Estado, los cuales son asumidos por la mayoría de las Constituciones modernas, y son concebidos no sólo como un mero número de normas rectoras de las Instituciones Políticas del Estado, sino como un conjunto efectivo de normas jurídicas contentivas de deberes y derechos de los ciudadanos, las cuales se incorporan y confluyen en un juego de

inter-relación con los ciudadanos en un sistema de valores jurídicos, sociales, económicos y políticos que deben permitir su desarrollo dentro de una sociedad armónica, es que el Estado debe reinterpretar sus funciones en la búsqueda de la protección de los valores de justicia social y de dignidad humana".

2.2.5.- Pueblos Indígenas, nación multiétnica, pluricultural y multilingüe, derecho penal, diversidad cultural, pluralismo jurídico, juez natural, Jurisdicción Especial Indígena, y justicia.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 02, Fecha: 03/02/2012

"…**DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO**

Se habla de *diversidad cultural* porque los pueblos, naciones, comunidades, sociedades y Estados no son expresión homogénea de una sola y única realidad social y cultural aunque todos los seres humanos pertenezcamos a una misma especie. La historia de la humanidad ha conocido una extraordinaria variedad de procesos culturales cuyos rastros perviven en los pueblos. El II Informe Mundial sobre la Cultura: Diversidad Cultural, Conflicto y Pluralismo de la UNESCO (2001) refiere que la diversidad se agrupa generalmente en torno a un núcleo cultural, por razones geográficas, históricas u otras; de modo que la frontera que separa a un grupo cultural de otro está deliberadamente marcada.

El reconocimiento en la cultura universal contemporánea de un extraordinario patrimonio étnico-cultural que no se mide por su importancia numérica, se ha elevado a la categoría de valor fundamental de la humanidad dando lugar además, a considerar *el valor e igualdad intrínsecas* de todas las civilizaciones y culturas, incluyendo la de los pueblos indígenas.

Desafiando la perspectiva liberal-individualista de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), las poblaciones indígenas emergieron en la escena internacional como

actores socio-políticos reclamando como *derechos humanos colectivos* sus demandas históricas de justicia, pendientes y postergadas después de siglos de dominación colonial, la cual ha atravesado fases de genocidio, etnocidios, asimilaciones forzadas, expulsiones, exterminios, reubicaciones, colonizaciones dirigidas, y otras atrocidades.

En el año 2007, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprueba la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconociendo los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas. Mucho antes, en el año 1957, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) había reconocido los derechos colectivos de los pueblos originarios en el Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes; así como también, otros instrumentos normativos como el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe; y la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Cabe señalar que en el año 1999, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, rompiendo los viejos paradigmas, reconoció los derechos indígenas como derechos humanos colectivos y a los pueblos y comunidades indígenas como sus titulares. Posteriormente, las Constituciones de las Repúblicas de Ecuador (2008) y de la República de Bolivia (2009) recogieron dicha normativa.

Se estima que en el continente americano coexisten más de cuatrocientos pueblos indígenas dentro de las fronteras nacionales de los diversos Estados, cada uno con su propio patrimonio cultural y con una población indígena mayor de treinta y ocho millones de personas. En el resto del mundo, la población indígena asciende a más de trescientos millones repartidos en más de setenta países (Gutiérrez García, Erick 2011. Los Derechos Humanos desde el Enfoque Crítico. Defensoría del Pueblo. República de Venezuela).

En Venezuela, según el Informe Socio Antropológico de la Comunidad Warao que la antropóloga Liliana Morales llamada por la Sala en su condición de testigo experta, consignó en el expediente el día 28 de junio de 2011, se precisa:

Venezuela a diferencia de países, como Bolivia, Perú, Ecuador, Guatemala y México, su población indígena aunque diversa -más

de 28 Pueblos Indígenas-, no es mayoritaria -con más de medio millón de indígenas-, alcanza a un poco más del 2% de la población de Venezuela, de acuerdo a los datos aportados por el Censo Indígena de 2001.

Dentro de la población indígena de Venezuela, el Warao representa 7 %, siendo así la segunda etnia en tamaño poblacional (después del Wayúu, 58 %; y antes del Pemón, 5 %). El 79 % de la población Warao vive en comunidades tradicionales, mientras que las etnias zulianas, tanto Wayúu como Añu, viven por más de 80 % en áreas urbanas.

La población Warao, se encuentra principalmente en el Delta Amacuro, más precisamente en los municipios Antonio Díaz (aproximadamente 60 %), Tucupita (15 %) y Pedernales (10 %). En el estado Monagas viven otro 10 %; y el 5 % restante se reparte entre los estados Sucre y Bolívar (3 % entre ambos) y los demás estados (2 %). Fuera del Delta, los Warao viven, mitad en comunidades tradicionales y mitad en áreas urbanas.

La perceptible disminución de las poblaciones indígenas en el mundo, y la preservación de sus culturas ancestrales ha hecho necesario la adopción desde los más altos niveles, de medidas tendentes a evitar el *"aplastamiento" de* los grupos sociales devenidos vulnerables como son los indígenas.

En 1989, el Convenio No 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (G.O. 39.305 del 17/10/2001) revisa la normativa originaria del Convenio No 107. Entre los fundamentos de la revisión se tiene:

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hace aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de la normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco del Estado en donde viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la comunicad, y a la cooperación e comprensión internacional.

Por lo cual, dispone en su artículo 2:

1. *Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.*
2. *Esta acción deberá incluir medidas:*
   a) *Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;*
   b) *Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;*
   c) *Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.*

Así pues, con el referido Convenio No. 169 de la OIT, el Derecho Internacional acoge la normativa originaria y autónoma de los pueblos indígenas, reconociéndoles derechos humanos colectivos a sus comunidades autónomas, sirviendo ello de precedente normativo para muchos países, sobre todo los latinoamericanos.

Todo este movimiento de ideas ha dado lugar a un nuevo paradigma en el Derecho Constitucional contemporáneo, cual es el reconocimiento del **pluralismo jurídico**; es decir, al reconocimiento de la coexistencia de dos sistemas jurídicos, uno de

ellos, el positivo creado desde la estructura Estatal –desde arriba hacia abajo por el Estado-, y el otro, el indígena, que emerge del seno de la comunidad indígena y de los valores ancestrales sobre los cuales se identifican -elaborado de abajo hacia arriba por los propios pueblos indígenas-, aceptándose de esta manera la cohabitación entre el derecho positivo del Estado y el consuetudinario y ancestral de los pueblos indígenas (véase Bronstien, Arturo. 1999. Memoria del Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y los Pueblos Indígenas).

La aceptación del *pluralismo jurídico* supone el respeto por la diversidad cultural en condiciones de auténtica igualdad entre todas las entidades culturales; por lo que en este sentido, como bien lo expresa López Bárcenas, Francisco, 1999, tenemos que aceptar que todas las formaciones sociales viven en el presente y en el mismo espacio, sin que sea válido hablar de culturas atrasadas o avanzadas.

El reconocimiento de la *diversidad cultural* no se reduce a la aceptación de sistemas jurídicos diferentes, sino también implica una manera distinta de comprenderlos e interpretarlos en función del respeto a la **diversidad epistemológica**; ello incluye tanto el reconocimiento de nuevas racionalidades y valores, como también la plena validez y vigencia de las religiones, creencias y/o espiritualidades de las culturas indígenas. Es decir, se trata de introducir un principio de igualdad entre los *sistemas de conocimiento* de los pueblos indígenas a partir de sus diferencias, vale decir, se trata de la construcción de un nuevo sentido común epistémico (véase Gutiérrez García; Erick. 2011. *Op. Cit.*).

A modo de ejemplo, no se puede desconocer, a los efectos de emitir el pronunciamiento en la presente acción de amparo, la apreciación de la realidad que tienen los indígenas Warao, a partir de su cultura, religión y cosmovisión. En este sentido, se aprecia del Informe socio antropológico, elaborado por la Antropóloga Liliana Morales, y cursante en autos, que:

Para los Warao el mundo está en un eterno y delicado equilibrio entre el hombre, la naturaleza y los seres sobrenaturales (Heinen, 1988: 664). Razones por las que se hace imperioso el actuar constante para restablecer este equilibrio. Así a cada acción de interferencia del hombre sobre la naturaleza corresponde una compensación. Y los seres sobrenaturales requieren que se les

aplaque con ofrendas y cualquier disturbio de orden social requiere su kuanobe, o su recompensa.

La visión del Warao es la un mundo en armonía con la naturaleza y los seres sobrenaturales, opuesta a la visión de la cultura agrícola y patriarcal de los pueblos de tradición judeo-cristiana, donde el lema es dominar a la naturaleza.

Por medio de la cosmología Warao y de sus relatos míticos se puede apreciar, cómo éstos perciben el mundo, cómo son las normas que rigen este mundo, cuál es el lugar del Warao en el mundo y cómo el Warao se organiza dentro de él.

(…)

Dentro de esta mirada Warao, (…), se piensa que el mundo está constituido por diferentes seres (arao) que representan las diferentes especies de la flora y la fauna etc. Y en él residen, los seres sobrenaturales que en sí mismos constituyen sus "propios mundos" pero que también forman parte de este de una forma muy real.

La capacidad de estos seres para comunicarse, reproducirse, y transformarse de uno en otro cuando así lo desean, pone de manifiesto un concepto fundamental que interpreta la vida (arao) como lo primordial y (atejo) como lo accesorio. Por lo tanto, lo importante, no es tanto identificar cada ser por especie sino el poder identificar y ubicar las distintas "aglomeraciones" a las que pertenecen, poder identificar los diferentes grupos de seres (comunidades ecológicas) y las normas por las que se rige su comportamiento y los mecanismos que garantizan el cumplimiento de las mismas (Ayala 2001: 253).

(…)

Los Warao tradicionalmente son seres no violentos y las normas que estas "madres" inculcan a sus respectivas familias en macro, aparte de ser claras y sencillas, son reglas dirigidas a evitar la violencia, entendiendo esta como todo aquello que conlleve la eliminación de un ser. Sin embargo, para muchos seres es preciso cazar para sobrevivir, por ello, las normas permiten la cacería, siempre y cuando que esta no se de entre miembros de la misma familia, algo que está prohibido y no es aceptado. Cada familia es consciente de esta ley, y a pesar de que la aceptan, cada "madre" instruirá a su "prole" para que eviten ser

víctimas de un depredador de otra familia.

La misma ley que permite la cacería entre diferentes familias, simultáneamente, prohíbe que esta actividad se ejecute en exceso (sobreexplotación). Si esto ocurriera, si una madre considerara que los suyos están siendo exterminados su reacción seria contundente, mudándose a otro sector dejando a la familia del infractor sin ese recurso, de forma que estos se quedarían sin alimento y enfermarían. Lo fundamental de esta concepción del mundo que les rodea es que la conformidad no garantiza una vida libre de carencias y violencia, lo que asegura es una supervivencia de acuerdo al equilibrio dictado por el ambiente en el cual todos participan (Ayala 2001:254-255).

Asimismo, es de resaltar, tal como se aprecia de la Guía Pedagógica para la Educación Warao Intercultural Bilingüe (2004), elaborada por el entonces Ministerio de Educación y Deportes, hoy Ministerio del Poder Popular para la Educación, que el sistema educativo imperante en la cultura indígena Warao, responde, entre otras, a las siguientes interrogantes:

¿Para qué se educa al warao?

El warao educa a sus hijos para que sea trabajador, para que respete a los ancianos, a los suegros, para que tenga conuco, que sepa buscar comida. Un warao trabajador no se muere de hambre. Un papá warao educa al hijo, lo corrige, a veces con palos de mamure. Un warao de ocho o nueve años, antes de ir a la escuela ya ha sido educado por su papá.

Se educa para ser un buen warao, respetuoso, adaptado para vivir en su tierra.

Decían los abuelos que hay que portarse bien con todos los warao, con las plantas, con los animales, de esto depende la salud, se aprende a no destruir la naturaleza, son enseñanzas de conservación, de salud, de buenas relaciones. Cuando el wisiratu toca la maraca, especifica el espíritu del árbol al que no se le pidió permiso para pasar.

A las mujeres se les enseña a cuidar a la familia, ya que el cuidado de ellas mismas, a través del cumplimiento de las normas garantiza la salud y la sobrevivencia.

Si la Educación Intercultural Bilingüe se da como tiene que darse, el pueblo warao será el mejor del mundo. Respeto a la vida, a la cosa ajena, a la naturaleza, se solucionará el problema del hambre y del desempleo; un warao que siembre bastante ocumo, tendrá alimento para vender y satisfacer otras necesidades como la vestimenta.

¿Qué valores se enseñan?
El respeto a los demás y a los mayores,
Solidaridad,
Aprecio al conocimiento,
Amor al trabajo,
Valentía y Hospitalidad.

En los términos arriba indicados, es como la Sala entiende el reconocimiento que hace la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de las culturas de los pueblos originarios o indígenas ubicados en el territorio nacional. La Sala destaca que, por primera vez en la historia republicana, el Estado venezolano reconoce en su Carta Magna que es una nación multiétnica, pluricultural y multilingüe.

En efecto, en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, se señala:

…como consecuencia de esta lucha y de sus particulares condiciones de vulnerabilidad, los derechos de los pueblos indígenas han sido reconocidos internacionalmente como derechos específicos y originarios.

Este mismo reconocimiento en la Constitución implica un profundo cambio de perspectiva política y cultural que reorienta la conducción del Estado venezolano, al reconocer su carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe.

En el seno de los diferentes ordenamientos jurídicos lationamericanos se han realizado notables esfuerzos en el avance, reconocimiento y profundización de los derechos de los pueblos indígenas, tanto en el ámbito legislativo como en el constitucional. En este sentido, es importante destacar que la mayoría de las constituciones latinoamericanas actuales establecen principios claros sobre los derechos de los pueblos indígenas, como un reconocimiento a la diversidad cultural de América Latina…

De modo que, el Estado venezolano reconoce expresamente la existencia del derecho ancestral de las etnias o pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional, al aceptar, como característica de su política social, el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe, tal como se prevé en el contenido del artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la siguiente manera:

El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida...

Ahora bien, el carácter pluricultural aceptado en la Constitución de 1999, conlleva necesariamente a superar la concepción tradicional *monista* del Derecho, permitiendo la incorporación del pluralismo jurídico o legal, que reconoce la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio, bajo la rectoría única del texto constitucional como vértice final de ambos sistemas. En la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, participó en la elaboración originaria del proyecto de la Constitución, la representación social de ambas realidades culturales; la representación indígena fue conformada por el uno por ciento (1%) de la población total del país, según se lee de las Bases Comiciales para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente.

De allí entonces que el principio de coexistencia y cohabitación de ambos regímenes jurídicos tiene los alcances previstos en el artículo 260 constitucional, que a la letra dice:
las autoridades legítimas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a [esta] Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional.

Es decir, la propia Constitución hace énfasis en las reglas que se han de seguir para la armonización de los dos sistemas

jurídicos: 1) el derecho originario indígena se aplica: a) dentro del hábitat, b) con base en sus tradiciones ancestrales, y c) a los integrantes de su comunidad; y 2) el alcance de derecho originario indígena se limita en el caso de contrariar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y el orden público. Con una aclaratoria adicional y es el derecho a la participación política de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 125 constitucional; y en razón de la cual el Estado garantiza la participación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes en la entidades federales y locales con población indígena.

Se trata, insiste la Sala, de una integración al ordenamiento jurídico general cuyo vértice final está en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que se aclara en el artículo 126 constitucional que:

Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano, como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tiene el deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional.

El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.

Tales premisas constitucionales deben ser tomadas en cuenta por esta Sala Constitucional, y con carácter vinculante para todos los Tribunales de la República, a los fines de adoptar sus decisiones en resguardo de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional.

ALCANCE Y CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO ORIGINARIO O CONSUETUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como la Sala señaló *supra*, a pesar de que el Estado venezolano reconoce la existencia del derecho originario o prehispánico de los pueblos indígenas (consuetudinario y ancestral), contenido en la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, debe aplicarse dentro de los parámetros constitucionales establecidos en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezue-

la, que es conforme con el artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT, que a la letra dice:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

En la legislación venezolana se observa que el artículo 131 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas del 2005, define el derecho originario o consuetudinario indígena en los siguientes términos:

El derecho indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, uso y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derecho y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno.

De este modo, la ejecución del derecho propio de los pueblos indígenas no puede ser incompatible con los derechos fundamentales definidos en el ordenamiento jurídico constitucional, por lo que ha resultado necesaria una coordinación jurídica entre los dos sistemas normativos, todo ello en razón de que la vigilancia por el respeto de los derechos humanos le compete al Estado a través de sus distintos Poderes Públicos. Ejemplo de ello, es que el reconocimiento de los pueblos indígenas, así como la existencia de su derecho, también es de la competencia del Poder Nacional como lo estableció la Sala en la sentencia N° 597, del 26 de abril de 2011, caso: *Carlos Baralt Morány otros*, en los siguientes términos:

(…)
cuando la Constitución reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida -artículo 119 de la

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, no postula una competencia excluyente del Poder Nacional en la tutela de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Ciertamente, existe una gran cantidad de normas constitucionales vinculadas con la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, entre las cuales se deben destacar el reconocimiento de los idiomas de los pueblos indígenas como idiomas oficiales, en los siguientes términos: "Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad"; en el artículo 120, se garantiza el aprovechamiento racional de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas, al señalarse: "El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley"; el artículo 123, que establece "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral"; el "artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: (…) 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; (…) la de los pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos (…)"; o el artículo 166 que dispone que "En cada Estado se creará un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, presidido por el Gobernador o Gobernadora e integrado por los Alcaldes o Alcaldesas, los directores o directoras estadales de los ministerios; y una representación de los legisladores elegidos o legisladoras elegidas por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los concejales o concejalas y

de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere. El mismo funcionará y se organizará de acuerdo con lo que determine la ley", entre otros artículos como el 169 y 181, respecto a la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponde a los municipios con población indígena y la exclusión de las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas de la calidad de ejidos.

Correspectivamente, desde una perspectiva del ordenamiento jurídico de rango legal, existe igualmente un régimen jurídico especial vinculado a los pueblos indígenas -vgr. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas- que permiten afirmar que los derechos de los pueblos y comunidades indígenas trascienden la simple garantía de representación indígena en los cargos de elección popular, como la Asamblea Nacional, Consejos Legislativos, Concejos Municipales, y Juntas Parroquiales Comunales en los Estados con población indígena o en cualquier otra instancia tanto en el ámbito nacional, estadal y parroquial, de conformidad con las leyes respectivas, así como en los órganos parlamentarios internacionales.

Ciertamente, la retícula normativa vinculada con las comunidades indígenas, postula un régimen estatutario que no sólo permite integrar a las mismas a la vida social, económica y política de la República, sino que además al reconocer la importancia de su existencia y conservación para el Estado, comprende el necesario cumplimiento por parte de los órganos o entes del Estado creados en cualquiera de sus niveles político-territoriales, el deber de lograr los cometidos nacionales conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al resto del ordenamiento jurídico aplicable.

Además, la Sala destaca que la coordinación que debe existir entre la Jurisdicción Especial Indígena y el derecho estatal, debe atender al *principio de legalidad*, como lo señala literalmente el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que la coordinación de los distintos sistemas jurídicos es de reserva legal, ya que la ley es el único instrumento jurídico que desarrolla esa coordinación (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, Ley Orgánica para la Protec-

ción de Niños, Niñas y Adolescentes, entre otras), sin menoscabo de que la Sala Constitucional, como máxima y última intérprete de la Constitución, complemente los vacíos legales o legislativos, en el ejercicio de la jurisdicción normativa que tiene atribuida la Sala Constitucional (véase la sentencia de esta Sala N° 1325 del 4 de agosto de 2011).

De modo que, la Sala establece, con carácter vinculante, que **el derecho originario o consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas se encuentra integrado al ordenamiento constitucional vigente, y por ende, no puede ser contrario, a las normas, reglas y principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**.

En definitiva, el derecho propio y originario de los pueblos indígenas integra el ordenamiento jurídico y, como tal debe estar enmarcado en los principios, reglas y derechos contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; así como en el respeto del *bloque constitucional,* el cual contiene los distintos pactos, tratados y acuerdos internaciones ratificados por la República. Se trata de brindar cobertura constitucional al hecho de que el sistema jurídico de las comunidades indígenas está integrado a la vida social, económica y política del país, tal como lo señala la Carta Magna; lo cual implica que dentro de su proceso evolutivo, el derecho originario consuetudinario indígena, hoy día no escapa de las garantías que el Derecho Constitucional impone para el respeto de la condición humana.

En efecto, el derecho propio originario de los pueblos de indígenas no es hoy el mismo de otrora, por cuanto los problemas o fenómenos sociales que se presentan en las diversas etnias indígenas también se han transformado con el transcurso del tiempo, y no puede ser ajeno a la complejidad del "*espíritu del tiempo"* (Zeigheist), lo que obliga a los integrantes de las comunidades indígenas a adoptar, si es posible, nuevas posturas ante la ocurrencia de nuevas situaciones.

De ello se deja constancia, respecto de la Comunidad Indígena Warao, en el Informe socio antropológico que cursa en los autos consignado por la testigo experta juramentada por la Sala, antropóloga Liliana Morales, de donde se extraen los siguientes párrafos:

(…)

la aculturación, pues da elementos que nos permite, entender no sólo la situación actual de este pueblo indígena, sino que comprender el proceso de transformación profunda cultural que se ha dado en el seno de esta sociedad, y por lo que me arriesgo a hablar de una cultura profundamente perturbada y que como consecuencia pudiéramos hablar de un pueblo en peligro, cuyas normas, comportamiento y tradiciones se encuentran amenazadas por la explotación constante y masiva, los políticos que desde Tucupita nombran las autoridades en las comunidades destruyendo su propia organización social y política, la corrupción administrativa, funcionarios del gobierno incompetentes, la utilización de la mano de obra Warao, la introducción de salarios y monetarización de la economía y de principios criollos que causan una suerte de desintegración cultural.

A las transformaciones introducidas por el contacto con los misioneros, criollos, aventureros, comerciantes entre otros, al establecerse en la región del delta los primeros asentamientos de personas de ascendencia europea o criollos, a partir del siglo XVII, pero principalmente en el siglo XVIII.

Pero es a partir del siglo XX y desde hace un poco más de noventa años, que el pueblo Warao se enfrenta a incesantes y profundas fuentes de cambios culturales y sociales, representadas por las misiones religiosas en un primer momento, y luego por la sociedad criolla local y nacional. Y como consecuencia de todo, la desintegración de una cultura indígena.

Aunque desde hace muchos años la sociedad Warao ha tenido relación directa con la sociedad Criolla o Nacional, sobre todo al integrarse, en algunas tareas, a la vida económica nacional, los Warao han logrado mantener y difundir los valores fundamentales de su cultura y preservar su autonomía como grupo indígena. Si bien es cierto que en la actualidad los jóvenes Warao, parecieran preferir el trabajo asalariado en los aserraderos o desarrollar actividades agrícolas no tradicionales, en participar en la explotación industrial del palmito y en asumir cargos públicos en calidad de maestros y enfermeros, creando una dependencia con los sectores criollos.

De esta manera, las actividades de reportan ingreso monetario han desplazado a las actividades de subsistencia tradicionales.

Y esa dependencia por obtener algunas monedas es directamente proporcional con el abandono de las formas tradicionales de producción y por supuesto, al final con la organización social y política.

En los últimos años se ha observado un resquebrajamiento de las pautas tradicionales del parentesco y de los deberes parentales, debido al interés, cada vez más grande de los jóvenes por obtener un empleo en empresas e industrias que explotan la zona. Esto ha traído consecuencias drásticas en la familia Warao, ya que los hombres han adquirido nuevas responsabilidades que han suplantado las tradicionales. Además, cabe destacar la presencia cada vez mayor de indígenas Warao en zonas urbanas como Tucupita y Barrancas, donde ejercen oficios muy mal pagados, llegando algunos a la indigencia.

La fragmentación de los sistemas sociales indígenas, inducida directa o indirectamente por el contacto permanente con el entorno no indígena, perturba los sistemas tradicionales de socialización de la infancia, lo que repercute negativamente tanto en la transmisión del saber cultural propio de cada grupo, como en la construcción de las identidades principalmente en contextos urbanos y peri/urbanos.

Además, de modo complementario, la Sala hace notar que, conforme al principio de la **supremacía de la Constitución**, lo señalado en la Carta Magna debe ser considerado como norma fundamental del Estado, por lo que toda normativa existente en Venezuela debe estar subordinada al Texto Fundamental y, en ningún caso, puede contrariar su contenido, facultándose al Juez o Jueza a ejercer el control difuso de la constitucionalidad y a desaplicar la norma contraria a la Constitución (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Así se declara.

DEL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES ADVERSADAS CON EL AMPARO

En el caso *sub iudice*, la defensa pública penal del legitimado activo intentó la presente acción de amparo constitucional contra dos decisiones, a saber: la dictada, **el 23 de noviembre de 2009, por la *"Jurisdicción Especial Indígena"***, mediante la cual condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de

veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de homicidio intencional, y la dictada, **el 2 de diciembre de 2009, por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro**, que revisó, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial, ordenando su ejecución.

El hecho sometido al procedimiento especial indígena se refiere, según se desprende de las actas que conforman el expediente, a que, presuntamente, el niño indígena Warao, cuya identidad se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, le ocasionó la muerte al ciudadano Lucio Romero, quien también era un indígena Warao, en la comunidad indígena de Boca de Atoibo, del Estado Delta Amacuro, el día sábado, 19 de septiembre de 2009.

Ahora bien, con relación a la decisión proferida por la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, la Sala observa, en primer lugar, que la misma fue elaborada, en principio, conforme a los parámetros legales establecidos en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; esto es, según los criterios de competencia establecidos en el artículo 133 de esa Ley especial.

En efecto, el procesamiento del niño indígena Warao cumplió con el criterio de competencia territorial, por cuanto se trató de un hecho acaecido dentro del hábitat y tierra de la etnia Warao ubicada en el Estado Delta Amacuro; con el criterio de competencia personal, por tratarse el sujeto activo –así como el pasivo- de un integrante de la Comunidad Indígena Warao; y con el criterio de competencia material, que se refiere a que *"[l]as autoridades legítimas tendrán competencia para conocer y decidir sobre cualquier conflicto o solicitud, independientemente de la materia* [de] *que se trate. Se exceptúa de esta competencia material, los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión".*

Respecto del criterio material de competencia citado, y como una excepción adicional, cabe invocar el criterio, con carácter vinculante, de esta Sala Constitucional sobre la competencia de los Tribunales de Violencia Contra la Mujer para conocer, en los casos en el que sujeto pasivo sea una mujer, los hechos punibles cometidos por cualquier indígena, en la sentencia N° 1325, del 4 de agosto de 2011, caso: *Carlos Eduardo Ramos Vargas*:

Preliminarmente, visto que el amparo de autos fue interpuesto por el defensor del ciudadano Carlos Eduardo Ramos Vargas, quien es indígena, perteneciente a la "Comunidad Indígena Chaima", y fue imputado por la presunta comisión de los delitos de violencia física y amenaza en perjuicio de la ciudadana Emereida del Valle Faría Sabolla (no indígena), esta Sala estima pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

Es innegable, el reconocimiento que se ha hecho a través de instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales, de la existencia de los pueblos indígenas, sus costumbres, tradiciones, cultura, y modos de resolución de conflictos entres otros aspectos, todo ello atendiendo a la evolución socio cultural de los pueblos y la necesidad de crear normas que permitan la integración y coexistencia de los habitantes de un entorno geográfico y socio político, con garantías propias de la dinámica de la vida en sociedad, sin menoscabo de la identidad de cada grupo que la integra. (…)

Ello así, la Sala considera que [las] *disposiciones legales vigentes en Venezuela deben ser aplicadas por las autoridades del Estado venezolano, pues constituyen inequívocamente el reconocimiento y existencia de la Jurisdicción Especial Indígena, regida por sus tradiciones ancestrales y propias respecto de los miembros de sus comunidades, debiendo entenderse actualmente esta jurisdicción no desde el punto de vista formal, tal y como está estructurado el ordenamiento jurídico y jurisdiccional ordinario, sino como un conjunto de tradiciones y pautas étnico-culturales que lo rigen y que no han sido creadas por las leyes venezolanas ni internacionales, sino que por el contrario, han sido reconocidas por éstas. Son de esta manera, normas consuetudinarias que coexisten con el ordenamiento jurídico formal, y que tienen regulaciones para su aplicación, amén de dicha convivencia jurídico legal, no significando ello que tales sujetos de derechos están excluidos de los*

deberes, derechos y garantías constitucionales presentes en los procedimientos ordinarios en materia de resolución de conflictos.

Con atención a ello, si bien es cierto que la Jurisdicción Especial Indígena existe y es reconocida por el ordenamiento jurídico patrio, siendo de aplicación preferente en ciertos casos, no es menos cierto que tal aplicación está delimitada igualmente, tanto por los Convenios Internacionales como por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes especiales.

A este tenor, el artículo 8, numeral 2 del señalado Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes dispone:
"Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio."

En este sentido, el ya citado artículo 9 numeral 1º del Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya citados supra, establecen que se podrá aplicar la usanza, práctica o costumbre indígena tradicional para la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público.

En la caso de autos, el Ministerio Público imputó al ciudadano Carlos Eduardo Ramos Vargas, por haber cometido presuntamente los delitos de violencia física y amenaza, están previstos y sancionados en los artículos 41 y 42 de la vigente Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por lo que estamos en presencia de uno de los delitos de violencia de género, cuya Ley Orgánica en su artículo 115 establece: "Corresponde a los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme a lo establecido en esta Ley, las leyes de

organización judicial y la reglamentación interna"; por lo que la Sala considera que la tutela del bien jurídico de la dignidad de la mujer y la libertad sexual, establecidos en la Ley Especial de Violencia de Género, es de especial resguardo y protección por el Estado Venezolano, con independencia de las características de los sujetos involucrados en el delito, siendo por tanto, que el monopolio de la jurisdicción para el juzgamiento de estos delitos lo tienen los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Ello se reafirma del parágrafo único del artículo 71 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuando establece: "Los pueblos indígenas constituirán órganos receptores de denuncia, integrado por las autoridades legítimas de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, sin perjuicio que la mujer agredida pueda acudir a otros órganos indicados en el presente artículo."

Así entonces, el propósito del legislador con esta disposición es que las autoridades legítimas de los pueblos indígenas sean solo órganos receptores de denuncia, siempre y cuando la mujer indígena víctima así lo estime, pero la Ley Especial no le da facultad jurisdiccional, por lo que lo que en materia de delitos de violencia de género la jurisdicción especial indígena está limitada por las disposiciones previstas en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, lo que está en consonancia con el artículo 9, numeral primero del Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, supra citados, según los cuales se podrá aplicar la usanza indígena tradicional para la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público.

Con base en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, esta Sala –con carácter vinculante- reafirma la competencia de la jurisdicción especial en materia de género para el juzgamiento de los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, con independencia de que el sujeto activo sea un ciudadano indígena, y en

consecuencia los delitos catalogados como de violencia de género, deben ser investigados incluso de oficio por los tribunales especializados con competencia en violencia de género. Así se decide.

De manera que, la Sala observa que en el caso bajo estudio no se encuentra comprometido el aspecto competencial por la materia, toda vez que los hechos sometidos a la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, consistieron en la muerte causada por un niño indígena a un adulto indígena, lo cual no se corresponde con las excepciones referidas, por lo que la Sala reconoce la competencia establecida en el artículo 133 de la Ley especial.

Además, la Sala precisa que la aplicación del artículo 549 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, referido al deber del Juez o Jueza especializado en materia de responsabilidad penal del adolescente de observar, en el proceso penal del adolescente del derecho formal, los usos costumbres pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas en el proceso, sólo es posible cuando no se encuentren cumplidos los criterios de competencia establecidos en el artículo 133 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, esto es, cuando un adolescente indígena haya cometido un hecho punible en un lugar distinto de su hábitat o los delitos sean aquellos que dicha disposición normativa establecen deben ser juzgados por el derecho formal u ordinario. Así se declara.

Ahora bien, **a pesar de que la competencial material, personal y territorial no se encuentra infringida en el presente caso**, la Sala constata, de las actas que conforman el expediente y de los testimonios realizados por los testigos expertos en la audiencia constitucional celebrada el 26 de julio de 2011, que la decisión dictada el 23 de noviembre de 2009, por la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, mediante la cual se condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de *"homicidio intencional"*, contiene un vicio de índole constitucional, al comportar ese pronunciamiento la violación del principio del *juez natural*, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al apartarse de las prácticas ancestrales propias de la cultura indígena Warao, respecto de las autoridades indígenas legítimas llamadas a conocer los conflictos planteados entre sus miembros.

En efecto, la violación del principio del *juez natural* en el presente caso tiene como fundamento, las siguientes consideraciones:

De acuerdo con el estudio socio antropológico de la Comunidad Warao que cursa en autos, los problemas que se presentan en las etnias indígenas, *"son resueltos por las autoridades que por tradición, costumbres y prácticas culturales, son consideradas como legítimas por los habitantes de la respectiva comunidad o pueblo indígena",* lo que se conforma con el contenido del artículo 260 de la Constitución.

En ese sentido, se señala que *"La autoridad indígena estará representada por la persona (hombre o mujer), grupo o asamblea que designe el pueblo o comunidad indígena conforme a sus usos y costumbres: el Cacique para los Yukpas y Barí, el Capitán para los Kariñas y el pueblo Pemon (sic), el Pütchipü´ü o "palabrero guajiro" para los Wayuu y los Aidamos para el pueblo Warao, a modo de ejemplo".*

Asimismo, se destaca en el referido Informe que *"Para ejercer la facultad de aplicar justicia a los miembros de su comunidad, las autoridades indígenas aplican principios generales o normas de control social de acuerdo a su contexto cultural, que suponen pruebas y argumentos, y cuyo fin es dar una respuesta satisfactoria –razonable y definida internamente– a las partes en conflicto o administrados".*

Se precisa que *"Los pleitos y diferencias que afectan a la comunidad se resuelven mediante la llamada monikata, o asamblea de los miembros mayores de la misma, que analiza y soluciona en reuniones que pueden durar desde horas a días, las situaciones de conflicto que pudieran surgir eventualmente entre los miembros. También sirve para decidir estrategias de subsistencia, viajes y asuntos legales con las autoridades o instituciones venezolanas…*[y que] *entre los Warao, no existe la figura del "cacique indígena".*

Al respecto, se acota que el *"AIDAMO"* (definido como Señor o Jefe por el Diccionario Warao Castellano, realizado por el Padre Barral y editado por la Universidad Católica Andrés Bello y Hermanos Menores Capuchinos, Caracas, 2000), tiene como principal actividad *"la aplicación del derecho consuetudinario Warao",*

el cual se basa "…en el dialogo, el trabajo comunitario, la humillación pública, la indiferencia y el exilio o destierro a los miembros del grupo que cometen un hecho punible. El tipo de pena depende de la gravedad del hecho. Pues, para el Warao la justicia se fundamenta en el restablecimiento del daño, la resocialización del infractor y la protección de la comunidad y restauración de su integridad", y que todo ello se aplica a través de una "monikata, o asamblea de los miembros mayores de la misma, que analiza y soluciona en reuniones que pueden durar desde horas a días, las situaciones de conflicto que pudieran surgir eventualmente entre los miembros".

De manera que *"La monikata es una institución de consejo de ancianos y de la comunidad, la meta o el fin es plantear un problema con miras a lograr la armonía y el diálogo no termina hasta que se haya encontrado una solución, donde todas las personas involucradas salgan satisfechas y quienes tienen más voz son los hombres ancianos, poseen mayor autoridad y la norma a seguir es que todos salgan satisfechos".*

Así pues, la Sala destaca que la Comunidad Indígena Warao tiene definida cuál es la autoridad legítima y competente para resolver los conflictos en su derecho originario o propio; y además, los mecanismos de solución del conflicto. La autoridad legítima y competente en la etnia Warao para dilucidar todos los conflictos según el derecho consuetudinario indígena es el *Aidamo*, quien ejerce su función jurisdiccional a través de una *Monikata.*

Tales afirmaciones fueron ratificadas por los distintos testigos expertos juramentados por la Sala, cuyas testimoniales fueron evacuadas en la celebración de la audiencia constitucional celebrada el 26 de julio de 2011, a saber:

La Antropóloga Bernarda Escalante, expresó, entre otras cosas, lo siguiente:

…que nunca he oído hablar de Caciques indígenas [en el Delta Amacuro]…no sé si son autoridades tradicionales o son autoridades nombradas desde afuera…cuando digo desde afuera digo desde la autoridad regional…cuando nombran a los Comisarios… la autoridad tradicional según la tradición indígena viene dada por el jefe de una comunidad…en la comunidad vive el esposo, la esposa, los hijos solteros, las hijas solteras, las hijas casadas con

sus respectivos esposos y los nietos…es una familia extendida y el jefe, hablamos en castellano, en Warao se le llama el Aidamo y él es el que tiene autoridad absoluta en la Comunidad…los varones que se casan van a vivir a otra comunidad y dependen de otro Aidamo y dentro de la comunidad en donde se solucionan los conflictos…no es que llamen gente de afuera, la propia comunidad con el Aidamo al frente es quien soluciona los conflictos… cuando el conflicto ocurre entre dos comunidades la solución del conflicto se lleva a cabo en conversación en Asamblea, la famosa Monikata, que es la reunión para solventar conflictos, llegando a acuerdos…nunca he visto que Aidamos de otras comunidades…a solucionar problemas de una comunidad sola o al menos de dos… en el caso que nos toca…no he visto que…el conflicto se haya solventado dentro de la propia comunidad y que ninguna de las dos partes, la agresora y la agredida, hayan tenido la oportunidad de reunirse para solventar el problema de acuerdo a la tradición…

Asimismo, la antropóloga Liliana Cabrujas Morales refirió lo siguiente:

…de acuerdo a la literatura antropológica y escrita hasta ahorita son los Aidamos los representantes y autoridades tradicionales en las comunidades indígenas…son ellos los que resuelven los conflictos…esta figura del Aidamo, que es el anciano de la comunidad, viene dado en ello el liderazgo no por el poder que puedan tener sino por el respeto y la autoridad que se han ganado ante la comunidad y ante cada uno de sus miembros, lo cual es importante que sepamos que no son nombrados o elegidos, la autoridad es dada…los miembros saben que es él el jefe…de acuerdo a toda la literatura antropológica e histórica y que se ha recopilado, los Waraos no tienen la pena de la cárcel por lo cual nos parece realmente que no está dentro de las tradiciones indígenas la cárcel ni mucho menos veinte años de prisión…ellos tienen su sistema punitivo que viene dado a través de la Monikata…esta Monikata y esta actuar durante dos días tres días consecutivos es para lograr recuperar la armonía que la Comunidad tenía…el aidamo es la figura que preside la asamblea, esta Monikata, donde se llega hasta que todos estén conformes con la decisión que se tome…son tanto el agredido como el agresor y la familia de cada uno de ello, al final, el último objetivo de esta Monikata es llegar realmente a un consenso y es través del diálogo y no a través del castigo, y sin al final hay que someter a un castigo ellos tienen un sistema punitivo…que nunca es la cárcel.

El antropólogo Werner Wilbert, expuso lo siguiente:

La cultura Warao responsabiliza al individuo directamente por sus acciones…cuando hablamos de conocimientos ancestral y tradiciones ancestrales tenemos que los Waraos tienen en el Delta como siete mil quinientos años porque hablan cuando Trinidad estaba conectada a tierra firme…el contenido de su memoria son los mitos y el folklore…folklore y mitos no son cuentos… son la relaciones empíricas e interrelaciones socios culturales de un entorno socio ambiental, por lo tanto demuestran ejemplos de comportamiento, ejemplo de eventos y cómo fueron solucionados y no solucionados…con respecto a delitos y penas impuestas los mitos demuestran que en la época mitológica los Waraos se consiguen en el morichal una cesta de comida que no era suya tenían hambre y todos menos uno comió de la comida, vino el espíritu que era dueño de la comida y arrancó los ojos de los que comieron de la comida, menos a aquél que no comió la comida, es un castigo exagerado, sumamente exagerado, pero el niño que escucha a través de la inculturación, son cuentos que cuentan todos los días, los viejos empiezan a contar y los niños oyen, es un mensaje claro que robar es malo, robar no se tolera, no te van a sacar los ojos…pero tiene claro que es seria la consecuencia… otro caso, infidelidad…hay un hombre que en tiempo mitológico descubre que su esposa estaba con otro hombre, él mata al otro hombre, consecuencia: el se convierte en garza y sale de la aldea –exilio- el asesinato no es una medida aceptada…algo real, en cuento de infidelidad entre un muchacho y una mujer, el castigo en tiempo real es que pone la mujer en el centro del palafito, no la castigan, le pegan, nada, todos los que pasan saben porque ella está sentada allá, es humillación…sin violencia para controlar la comunidad…al hombre lo amarran por los tobillos y suben un mecate por una viga y dejan los hombros por el suelo…es humillación, porque no pueden deshacerse del hombre porque en la aldea solo hay cincuenta personas…doce hombres y doce mujeres, es un equipo indispensable…casos más serios…cuando hay algo sumamente serio…Najakara…es el enfrentamiento entre el agresor y un defensor, por ejemplo alguien insulta a la esposa de uno dejando un símbolo fálico en el camino de su conuco, la mujer se queja con su esposo, su esposo reta a la persona, abren una cancha como media cancha de tenis…forman dos escudos… la idea es empujar uno a otro fuera de la cancha, el que salga de la cancha pierde, si es el agredido que es botado fuera sucede nada, el delito no se castiga…pero si el bota a la persona que fue

el agresor tiene que dejar la aldea también…eso quiere decir el exilio…es una sociedad y una cultura que controla su sociedad a través de una moral donde casos como el presente son tan escasos que Warao matando a Warao creo que pueden contar con una sola mano en treinta años…el Warao si ha tenido un impacto de nuestra cultura…el impacto no es solo la cultura material sino el dinero, hay muy poco empleo y hemos convencido que el Warao ahora tiene que andar vestido…ahora cuando antes había que hacer una casa los primos se juntaron los yernos se juntaron y construyen la casa, ahora se cobran unos a otros, si uno no tiene, no trabaja…entonces la reciprocidad balanceada que tenía la Comunidad está empezando a desmoronarse por el dinero…con respecto a la violencia…las películas que ven los muchachos…la violencia desmesurada es absolutamente insólita y si tienes un muchacho que escucha un mito y lo toma como verdad, al ver la pantalla se pregunta si es verdad o un cuento…pero lo que se ve es que el muchacho la violencia como una alternativa viable…el ambiente moderno trae al muchacho Warao como una alternativa para resolver un problema que antes no se veía".

El abogado Julio Ávalos, sostuvo:

Sabemos que los Aidamos se reunían o se reúnen tradicionalmente para resolver este tipo de controversias…hay otras autoridades de más reciente data producto del contacto con la cultura occidental , no es que no sean autoridades sino que son otro tipo de autoridades…y la Constitución en el artículo 260 ha dicho que son las autoridades tradicionales las que están facultadas para emitir este tipo de juicio, de tal suerte que no se está desconociendo la autoridad de los Waraos si se dice que un Cacique o un Comisario o un Fisikari … cualquier otro tipo de autoridad lleva a cabo una acción de autoridad pero no es la autoridad tradicional y por lo tanto no es la legitimada para proceder como lo hizo el presunto tribunal especial indígena en este caso…quiero hacer notar que de la lectura del acta [de juicio indígena] no se desprende realmente de que los indígenas que participaron en aquella sesión hubiesen realmente realizado un proceso para juzgar al joven Warao…de la lectura del acta más bien se desprende que se inhibieron de hacerlo, reiteradamente varios de los Caciques que se mencionan en esa reunió solicitan la intervención de un proceso judicial para juzgar al joven Warao…en mi concepto lo que han hecho los Caciques ha sido inhibirse y proponer una pena

de veinte años de prisión…hay dos elementos primordiales para poder hablar de un procedimiento jurisdiccional indígena, uno de ellos es el uso de derecho sustantivo indígena y derecho adjetivo indígena…desde el punto de vista adjetivo era necesario poder establecer algunos parámetros para poder hablar del Monikata

Nome Anaka…en ese proceso jurisdiccional que es tradicional entre los Waraos no existe esos elementos…desde el punto de vista sustantivo tenemos que pretendidamente el Tribunal Especial Indígena hizo uso de normas del derecho sustantivo ordinario, eso a mi juicio es tan inadmisible como que un tribunal ordinario de la República Bolivariana de Venezuela pretendiera hacer uso de norma del derecho sustantivo indígena para juzgar a un indígena…la sentencia es a todas luces inválida…el derecho que tiene que ser aplicado es el derecho tradicional de los pueblos indígenas…la naturaleza de los procesos jurisdiccionales en la tradición Warao han sido históricamente la línea de buscar la conciliación, en la línea de buscar la restitución de los daños causados…en esta caso no observamos nada de eso…y eso es un mandato del artículo 234 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas…de lo que estamos hablando en este caso, en mi opinión…, estamos hablando de una especia de conflicto de jurisdicción…en cuanto…un presunto Tribunal Indígena pretende aplicar derecho indígena y erró aplicando derecho ordinario.

Opinión que fue ratificada en su escrito consignado al finalizar la audiencia constitucional.

Por su lado, el abogado Santos López Orta, expresó:

…básicamente me preocupa mucho, porque estas decisiones van a sentar un precedente de cómo hay una relación entre la jurisdicción conocida para nosotros los indígenas como ordinaria y la jurisdicción especial indígena y particularmente lo especial viene dado al reconocimiento de usos, costumbres a un sistema de justicia que se viene ejerciendo consuetudinariamente y que es garantía de salvaguardar el patrimonio cultural de nuestros pueblos…he podido observar de su comportamiento social [del pueblo Warao]…que hay una situación que hay que tener bien clara y es que hay una interculturalidad en que la comunidades son objeto, ellos reciben mucha información que tienen que ver con los medios de comunicación masiva que los pueden impactar algunas veces

positivamente si se utiliza como herramienta pedagógicas pero se pueden impactar negativamente de otra y es importante para ese procedimiento particular que se llevó por parte de los Caciques… que esa administración de justicia viene dada, además de estár afuera del ámbito territorial, que no se ejerció, y es un elemento fundamental, viene dada con una carga con una preocupación según lo vemos en el acta de los Caciques, vienen diciéndonos que no tienen manera de manejar de esta problemática que se le están escapando de las manos, todos manifiestan una preocupación, estamos muy preocupados, hay que castigar…y se desprende del acta que ninguna toma la iniciativa de castigar, se puede observar que hay ciertas limitaciones para revisar la situación, hablan del joven como un infiltrado…no vamos a desmerecer de la intención este grupo de responsables de autoridades de la comunidad, pero sin embargo tenemos que tomar en consideración eso, hay que tener conciencia de que hacía falta…conocer la condición social del adolescente y eso no sucedió…

Posteriormente, a la pregunta formulada por los Magistrados de esta Sala, respecto de que si ¿los Caciques de este juzgamiento coinciden con los Aidamos?, la antropóloga Bernarda Escalante respondió en la forma siguiente:

Es la pregunta que yo me hago y me la hago con toda claridad porque hace un mes más o menos…en el penúltimo viaje a Tucupita…yo me reuní con un indígena en la Plaza Bolívar…precisamente haciéndole muchas preguntas…oyendo directamente a los indígenas…y el casualmente, de manera muy espontánea, yo le pregunté qué es eso de Cacique?…me dijo es cierto, los jefes nuestros son Aidamos…de allí viene mi duda, de que si es una autoridad, si se está refiriendo en cada Comunidad de una autoridad reconocida porque es el viejo o suegro, bajo cuya autoridad están sus hijos solteros, hijas solteras, sus hijas casadas, sus yernos y los nietos, son varias familias viviendo juntas o es una autoridad [Los Caciques] impuesta desde afuera…nombrar autoridades desde la autoridad regional trajo muchos problemas porque enfrentó de repente…yo conocí a un Aidamo muy sabio, con mucha autoridad, no poder, mucha autoridad moral, cuyo yerno, un tipo que sabía leer y escribir, era su jefe nombrado desde Tucupita, entonces estaba socavando la autoridad tradicional, porque los Waraos no sabían si respetar a su suegro o si respetar a su concuñado…

Además, la Diputada indígena del Parlamento Latinoamericano, Dalia Herminia Yánez, quien estuvo presente en la audiencia constitucional y pertenece a la etnia Warao, intervino en la audiencia constitucional a solicitud de la Presidenta de la Sala, con el objeto de responder la siguiente pregunta:
¿Cómo considera en este momento el pueblo Warao lo que ha ocurrido en este proceso, se sienten sorprendidos en lo que ha debido ser una estructura de acuerdo con sus costumbres ancestrales o realmente aceptan que allí ha ocurrido una convocatoria legítima a una Monikata?

A lo que respondió:

En este caso particular…en cuanto al Cacique no es de nosotros pero en cuanto a la organización y la toma de decisión, en este caso particular…es un niño para nosotros…para el Pueblo Warao el niño es niño y no hay adolescencia…la reunión que sostuvieron los Aidamos allí yo no lo comparto, particularmente no lo comparto por dos razones fundamentales: lo que dijo un experto que es una reunión que tiene que resolver el representante o el jefe de la comunidad, la toma de decisión, allí no pueden entrar los demás Caciques, nombrados bien sea por los curas o por los evangélicos, nada de eso, prevalece la cultura, allí tiene que mandar, la decisión es del Aidamo conjuntamente con esa comunidad… quién convocó la otra reunión que sentencia cincuenta años, eso no es así…si la persona que cometió del delito se encargará el Aidamo y el sabio indígena qué sanción…si la sanción es grave los espíritu se lo va a llevar, no hay agresión, no hay sentencia de cincuenta años, dos tres días verá, el sabio se encargará de esa sanción si el caso es grave, esa es una realidad, porque nosotros vivimos con los espíritus…por otro lado…, el niño que vive dentro de la Comunidad, el niño que pasa ahorita a ser sentencia a veinte años de sanción…no tomaron en cuenta la autoridad de la otra cultura que el niño no sabía hablar castellano…sancionado allí sin un traductor debidamente…por otro lado…los estudios carecen de información…no hubo un buen traductor para poder sancionar de esta manera…hay variante de diversidad…variante dialéctico en los Estado…bajo Delta, medio y alto Delta…no utilizaron la ley de que el Aidamo no tomó decisión… además de la manifestación dela cultura, la sanción del niño…un niño de doce años…si el niño viviera en un barrio…si el niño indígena viviera en un barrio sería diferente del niño que vive dentro de la comunidad.

De modo que, esta Sala precisa que los anteriores testigos expertos y la Diputada Dalia Herminia Yánez coincidieron, al relatar sus conocimientos sobre la cultura y sistema punitivo de la etnia Warao, en los siguientes aspectos:

1.- Que el pueblo Warao tiene bien definido, por sus costumbres y tradiciones ancestrales, que la persona que debe resolver todos los conflictos que se presentan en una comunidad determinada es la autoridad llamada*Aidamo*, quien, en la mayoría de los casos, es el miembro de la comunidad que tiene más edad. Para el pueblo Warao no existe el Cacique, quien es una autoridad reconocida en la población indígena Yukpa.
2.- Que la resolución de conflictos en la cultura indígena Warao la realiza el *Aidamo* en una asamblea denominada *Monikata*, que se celebra en la comunidad donde sucedió el hecho, y deben estar presentes la autoridad de esa Comunidad y los agresores y agredidos –o sus familiares-. Esta *Monikata* puede durar algunos días, dependiendo de la complejidad del asunto, y siempre termina cuando se llega a una conciliación o acuerdo, esto es, cuando el conflicto haya sido solventado dentro de la propia comunidad.
3.- Que no es común que *"Caciques"* o autoridades de otra comunidad resuelvan los problemas de una comunidad que no es la propia.
4.- Que no es común que exista agresión o violencia entre los Waraos; y en el derecho consuetudinario indígena no existe, como sanción, la pena privativa de libertad o cárcel; toda vez que cada uno de los integrantes de la comunidad Warao son indispensables para su supervivencia colectiva. Cada indígena Warao ejerce un rol importante en la comunidad. Que por el contrario, algunas de las sanciones que suelen emplear son la humillación y el exilio de la comunidad, pero que históricamente el objetivo de la comunidad es lograr una conciliación pacífica.
5.- Que la cultura Warao ha sido permeada por la cultura occidental, y ello ha traído nuevos problemas y situaciones inusitadas que los mismos Waraos no están acostumbrados a confrontar.

Por lo tanto, la Sala colige, con basamento en las anteriores conclusiones, que el niño indígena Warao, cuya identidad se

omite conforme al contenido del artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no fue juzgado por la autoridad legítima y competente reconocida por el pueblo Warao según sus costumbres ancestrales y mucho menos, el niño Warao fue sancionado a través de una *Monikata*, conforme al sistema punitivo propio de la etnia indígena Warao, todo lo cual constituye, a juicio de la Sala, una infracción al principio del *juez natural* en el propio derecho indígena.

En efecto, la Sala observa, en primer lugar, que la *"Asamblea de Caciques"* en la cual se le aplicó al legitimado activo la pena de veinte años de prisión fue dirigida por unas autoridades denominadas *"Caciques"* de distintascomunidades Warao, quienes no eran las autoridades tradicionales o legítimas para resolver el problema que les fuera planteado respecto del niño quejoso, ya que la autoridad competente era el *Aidamo* de la comunidad donde el hecho se cometió. *"Los Caciques"* que actuaron en el presente caso no tenían legitimidad, y ello se evidencia además de la aplicación de una sanción distinta a la correspondiente en la tradición Warao. La sanción aplicada fue de veinte (20) años de prisión, pena que corresponde al derecho penal sustantivo formal y no, en cambio, tuvo referencia en el derecho originario indígena.

Por lo tanto, la Sala hace notar que el principio fundamental del *juez natural,* al no estar conforme con el sistema jurídico Warao, se encuentra infringido en el presente caso, toda vez que el niño indígena, presunto infractor, no fue juzgado por las autoridades legítimas reconocidas ancestralmente por el pueblo Warao; requisito que, además de tener como origen el derecho consuetudinario de esa etnia, se encuentra jurídicamente establecido en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

Las autoridades legítimas *de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden publico…*(destacado de este fallo).

La anterior disposición normativa tiene su equivalencia en lo señalado en el 132 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunida-

des Indígenas, cuando señala:

La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, ***a través de sus autoridades legítimas****, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras…*(destacado de la Sala).

Respecto del principio del *juez natural*, la Sala lo ha considerado como un derecho humano fundamental y universal, y por tanto de orden público, tal como se señala en la sentencia N° 144, del 24 de marzo de 2000, caso:*Universidad Pedagógica Experimental Libertador*, donde se asentó lo siguiente:

Dentro de estas parcelas, los distintos órganos jurisdiccionales a que pertenecen ellas, se distribuyen el conocimiento de los casos según las reglas de la competencia, bien sea por la cuantía, el territorio o la materia.

Para evitar un caos, y ordenar la administración de justicia, hay reglas de competencia que se consideran de orden público y son inderogables, mientras que hay otras que no lo son. La competencia por la materia se encuentra entre las primeras, mientras que las que determinan el territorio, por ejemplo, están entre las segundas. El órgano que ejerce la jurisdicción, en cuanto a la competencia por la materia, es por excelencia el juez natural de las personas que tengan que ventilar litigios relativos a esas materias.

Como el ser juzgado por el juez natural es una garantía judicial, y un elemento para que pueda existir el debido proceso, la abrogada Constitución de 1961 en su artículo 69, así como la vigente en su artículo 49, consagran el derecho de las personas naturales o jurídicas de ser juzgadas por dicho juez, quien además debe existir como órgano jurisdiccional con anterioridad a los hechos litigiosos sin que pueda crearse un órgano jurisdiccional para conocer únicamente dichos hechos después de ocurridos. El citado artículo 49 de la vigente Constitución es claro al respecto: En su numeral 4, reza:

"Artículo 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

…Omissis…

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto".

La comentada garantía judicial, es reconocida como un derecho humano por el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica y por el artículo 14 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad. Dada su importancia, no es concebible que sobre ella existan pactos válidos de las partes, ni que los Tribunales al resolver conflictos atribuyan a jueces diversos al natural, el conocimiento de una causa. El convenio expreso o tácito de las partes en ese sentido, al igual que la decisión judicial que trastoque al juez natural, constituyen infracciones constitucionales de orden público.

De modo que, al haber sido juzgado el adolescente indígena Warao en el presente caso por autoridades no legítimas, como fue la asamblea de Caciques, no reconocida por el derecho propio de la cultura Warao, se violó el principio del *juez natural*, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Además, la Sala constata del acta levantada con ocasión del juzgamiento en la *"Jurisdicción Especial Indígena"* (folio 41 del expediente), que el denominado *"Cacique"* de la Comunidad de Atoibo no firmó la misma. La asamblea denominada Monikata, como lo refirieron los testigos expertos, se realiza con el *Aidamo* de la comunidad donde ocurre el hecho conflictivo.

En consecuencia, la Sala considera que lo ajustado a derecho es anular la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por

la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, mediante la cual se condenó al niño quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del *"delito de homicidio intencional"*. Así se decide.

La anterior declaratoria trae como consecuencia ineludible, por ser un acto judicial que no es aislado de la decisión dictada por la *"Jurisdicción Penal Indígena"*, la anulación de la sentencia dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó y avaló, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial.

En efecto, el mencionado Juzgado Segundo de Control especializado en responsabilidad penal del adolescente estaba facultado, por imperativo del referido artículo 134 *eiusdem*, para revisar, a petición de parte interesada, las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas, cuando las mismas sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.

Al hacer uso de esa facultad, el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, una vez oído el niño Warao, con el respectivo traductor, avaló y ejecutó, sin hacer el control previo de los aspectos formales de la decisión dictada por la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, en la forma siguiente:

Habiendo sido investigado y juzgado el hecho punible, por la jurisdicción indígena en ejercicio de su acción como sociedad protagónica, de conjugación del derecho de acuerdo a los principios democráticos, contenidos en la exposición de motivos y en el preámbulo de la Constitución, que los derechos humanos fundamentales han sido preservados por las autoridades investidas para la actividad jurisdiccional, en la persona de los Caciques de las diversas comunidades actuantes, y que esta es una acción ejemplar de enfrentar los conflictos y de administrar justicia, sin precedente alguno en Venezuela puesto que ahora si existe un cuerpo de leyes que le da las herramientas necesarias tanto a

los representantes de la justicia formal penal, como a los indígenas, en consecuencia en modo alguno este tribunal podrá soslayar dicha sentencia, reconociendo que la misma fue dictada por autoridades legítimas, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, conforme a los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías.

Por todos los razonamientos expuestos y los alegatos explanados en esta audiencia especial este Tribunal Segundo de Primera Instancia en funciones de Control de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes en nombre de la República Bolivariana y por autoridad de la Ley acuerda: Primero: Vista la Sentencia dictada por las autoridades indígenas de conformidad con el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual condena al adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a cumplir la sanción de 20 años de privación de libertad, por el delito HOMICIDIO en perjuicio de quien en vida se llamara LUCIO ROMERO, que la misma ha quedado firme de acuerdo a las leyes usos y costumbres de las comunidades waraos asentadas en un instrumento Sentencia presentado ante este Tribunal se respeta y reconoce esta sentencia. Segundo: Oído el adolescente y garantizado el derecho a ser oído mediante solicitud efectuada ante la Fiscalía Quinta del Ministerio Público, por las autoridades indígenas, del cual hizo uso, en los términos de la audiencia, y de acuerdo a la convención de los derechos del niño y adolescentes (sic) *y las disposiciones sobre protección integral e interés superior del adolescente es menester dar cumplimiento a la sentencia, con las garantías integrales de dignidad según el sistema de responsabilidad penal del adolescente, y a que de acuerdo al requerimiento de ejecución de la sentencia por parte de la etnia warao de conformidad con el artículo 134 numeral 2 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas se ordena el ingreso del adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a permanecer en la Casa Taller para Varones de ésta Ciudad, donde permanecerá recluido a la orden del Tribunal de Ejecución competente de este Circuito Judicial Penal donde deberá permanecer de conformidad con el artículo 141 numeral 3 de la Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas* (sic) *en forma separada o espacio especial de reclusión para el mismo. Tercero: Remítase el detenido junto con la causa aperturada y las actuaciones a los fines de que se inicie el cumplimiento de la misma conforme a los principios y garantías consagradas en la*

Ley Orgánica para la Protección de Niño, Niña y Adolescente, al Tribunal de Ejecución de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes de esta Jurisdicción. Cuarto: Se ordena la remisión del Expediente YP01-D-2009-000100 al Tribunal de Ejecución, vencido que sea el lapso para el ejercicio del recurso de apelación. Las Partes están notificadas de la presente decisión. Publíquese, regístrese, déjese copia certificada. Cúmplase.

Adicionalmente al incumplimiento de los requisitos formales previos, la Sala precisa que el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, al avalar la sentencia dictada por la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, no ordenó la incorporación de elementos probatorios distintos a los relatados por la partes involucradas en el conflicto, por lo que la conclusión a la que arribó ese Tribunal, referida a que no podía *"soslayar dicha sentencia"*, y que *"la misma fue dictada por autoridades legítimas, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, conforme a los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías",* se basó en un falso supuesto.

Efectivamente, el referido Juzgado de Control no cumplió con lo señalado en el artículo 140 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que establece el deber de ordenar, en los procesos judiciales en los cuales sean partes los pueblos y comunidades indígenas o sus miembros, la realización de un informe socio antropológico y uno de la autoridad indígena o la organización indígena representativa, que ilustre sobre la cultura y el derecho indígena. Sólo se basó el Juzgado Segundo de Control especializado en la materia de responsabilidad penal del adolescente en lo manifestado por las partes, para concluir que, desde el punto de vista constitucional, la condena del quejoso de autos a cumplir la pena de veinte años de prisión se correspondía con *"los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías"*. Era necesario, entonces, verificar el contenido del derecho consuetudinario de los Waraos a través de distintos medios probatorios, cuando era ineludible en derecho verificar el contenido del derecho originario consuetudinario a través de otros medios probatorios, que le hubiera permitido esclarecer al juzgador si se encontraba comprometido el principio del *juez natural*, principio este que ha sido calificado reitera-

damente por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional como de orden público constitucional.

En consecuencia, visto que la decisión dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, avaló indebidamente la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la *"Jurisdicción Especial Indígena"* la cual ha sido anulada por esta Sala, y mediante la cual se condenó al quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del *"delito de homicidio intencional"*, la Sala, conforme al contenido de los artículos 190 y 191 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable supletoriamente por mandato del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la declara nula de pleno derecho, así como igualmente nulas las actuaciones judiciales subsiguientes.

En cumplimiento de lo cual, la Sala ordena la inmediata libertad del niño indígena Warao condenado por las indicadas sentencias, cuya nulidad se ha declarado, y por tanto se ordena al Juez de Primera Instancia en Función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, donde se encuentra la causa penal principal, libre de inmediato la correspondiente orden de excarcelación.

La Sala deja constancia de que no se ordena la reposición y, por tanto, la celebración de un nuevo juicio ante la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, toda vez que, consta en autos, y ello no fue contradicho en la audiencia oral, que el niño Warao condenado estuvo recluido en la Casa de Formación Integral Varones de Tucupita, desde el mes de diciembre de 2009, por un término que excedió con creces la pena privativa de libertad que, aunque no le correspondía (por no pertenecer al derecho propio o consuetudinario indígena), era la que le impusieron según el término medio, por la dosimetría penal, a un adolescente regido por el derecho común ordinario, la cual, según lo establece el parágrafo primero del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no podía ser menor de seis meses ni mayor de dos años.

Por último, visto que esta Sala ordenó la inmediata libertad del niño indígena Warao de autos y dada las probabilidades cier-

tas de su reinserción social, que incluye la Comunidad Indígena de Siaguani, ubicada en el Municipio Antonio Díaz del Estado Delta Amacuro, la Sala exhorta a la Defensoría del Pueblo y la Defensa Pública Penal para que, de conformidad con lo señalado en el numeral 8 del artículo 281 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el numeral 7 del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, y el numeral 5 artículo 78 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, respectivamente, velen por la efectiva incorporación del referido indígena Warao a su comunidad y se garanticen sus derechos fundamentales acorde a la cultura Warao.

Asimismo, la Sala ordena al Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro que, conforme con lo establecido en el numeral 8 del artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, garantice el cumplimiento del interés superior de niños, niñas y adolescente del indígena Warao y preste la debida colaboración, en caso en que se le requiera, para su debida incorporación a su Comunidad. Así se decide.

Declarado lo anterior, esta Sala, visto igualmente que en el presente fallo se realiza un análisis interpretativo con carácter vinculante de la coexistencia del derecho originario indígena con el ordenamiento jurídico estatal, ordena su publicación en la Gaceta Judicial de este Alto Tribunal y en la Gaceta Oficial de la República…”

2.2.6.- Derecho penal y adolescentes: Sistema de responsabilidad penal del adolescente.

2.2.6.1.- Culpabilidad diferenciada y procedimiento especial.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1662, Fecha: 03/09/2001

“…La Sala n° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas declaró con lugar el amparo interpuesto por considerar que, efectivamente, el ciudadano Argenis José Zamora Rodríguez es menor de edad, por

lo que no debió ser juzgado -por los hechos punibles imputados- por la jurisdicción penal ordinaria, sino por el sistema penal de responsabilidad del adolescente, establecido en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en su Título V, relativo al Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, dispone:

Artículo 528.- Responsabilidad del adolescente. El adolescente que incurra en la comisión de hechos punibles responde por el hecho en la medida de su culpabilidad, de forma diferenciada del adulto. La diferencia consiste en la jurisdicción especializada y en la sanción que se le impone.

Artículo 529.- Legalidad y lesividad. Ningún adolescente puede ser procesado ni sancionado por acto u omisión que, al tiempo de su ocurrencia, no esté previamente definido en la ley penal, de manera expresa e inequívoca, como delito o falta. Tampoco puede ser objeto de sanción si su conducta está justificada o no lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado.

El adolescente declarado responsable de un hecho punible sólo puede ser sancionado con medidas que estén previstas en esta Ley.

Las medidas se deben cumplir conforme las reglas establecidas en esta Ley.

Artículo 530.- Legalidad del procedimiento. Para determinar la responsabilidad de un adolescente en un hecho punible y la aplicación de la sanción que corresponda, se debe seguir el procedimiento previsto en esta Ley.

Artículo 531.- Según los objetos. Las disposiciones de éste capítulos serán aplicadas a todas las personas comprendidas entre doce y menos de dieciocho años al momento de cometer el hecho punible, aunque en el transcurso del proceso alcancen los dieciocho años o sean mayores de esa edad cuando sean acusados.

De las normas supra transcritas se colige que a todas las personas, comprendidas entre doce y menos de diecio-

cho años al momento de cometer el hecho punible, deberá aplicarse el régimen especial establecido en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente…"

2.2.6.2.- Cumplimiento de la sanción y mayoría de edad.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 822, Fecha: 05/08/2010

"…En el presente caso, se interpone acción de amparo constitucional contra la decisión dictada, el 10 de junio de 2009, por la Corte Superior de la Sección de Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, que declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público con Competencia en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en la ciudad de Cabimas, y anuló parcialmente la decisión dictada, el 27 de abril de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia en Funciones de Ejecución de la Sección de Adolescentes del citado Circuito Judicial Penal; en consecuencia, mantuvo la sanción de privación de libertad decretada al joven adulto, hoy accionante, y se ordenó su traslado y reclusión a la Cárcel Nacional de Maracaibo en el área asignada para jóvenes adultos conocida como *"procemil"*, donde permanecería físicamente separado de la población adulta, a la orden del Juzgado de Primera Instancia en Funciones de Ejecución de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, Extensión Cabimas, con un abordaje terapéutico a ejecutar por el equipo multidisciplinario destacado en dicho centro de internamiento, valorando el plan individual ya diseñado para su cumplimiento y acatando todas las normas que en materia de cumplimiento de sanciones determina la ley especial, todo ello en atención a la regla general a que se contrae el artículo 641 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Ahora bien, constata esta instancia que la Corte Superior de la Sección de Adolescente decidió revocar parcialmente la decisión del Tribunal de Ejecución y cambiar el centro de reclusión, en virtud de que éste al decidir mantener la medida privativa de libertad en la misma Casa de Formación Integral Cañada I, cen-

tro de internamiento donde permanecía, no valoró los informes de evolución del sancionado de los meses de octubre a diciembre 2008 y enero a marzo 2009, los cuales evidenciaban que el joven adulto, no acataba las normas internas del centro, que se había visto comprometido en hechos graves de agresiones, donde incluso había estado en peligro su propia integridad física; que tuvo que mantenerse aislado por orden judicial en período prolongado; y al momento de valorar el centro de internamiento, en virtud de la mayoría de edad alcanzada, la instancia no analizó esos aspectos que la propia norma del 641 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establece, como circunstancias que deben ser analizadas para aplicar la excepción, a saber, las recomendaciones del equipo técnico del establecimiento, que en el caso de autos se dirigen a la solicitud de que dicho joven fuese trasladado a la institución de adultos, y tampoco consideró el tipo de infracción cometida y las circunstancias del hecho y del autor que la norma establece como de necesario análisis y razonamiento, a objeto de inclinarse el juez en su decisión por la aplicación de una excepción que fue inmotivada.

Visto ello, esta Sala verifica lo que al respecto prevé la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en su artículo 641, el cual reza:

"**Artículo 641. Internamiento de adolescentes que cumplan dieciocho años.**

Si el o la adolescente cumple dieciocho años durante su internamiento, <u>será</u> <u>trasladado</u> a una institución de adultos, de los cuales estará siempre físicamente separado. <u>Excepcionalmente</u>, el juez o jueza <u>podrá</u> autorizar su permanencia en la institución de internamiento para adolescentes, hasta los veintiún años, tomando en cuenta las recomendaciones del equipo técnico del establecimiento, así como el tipo de infracción cometida y las circunstancias del hecho y del autor o autora" [Subrayado del fallo].

Como se observa en el presente caso, el espíritu del artículo 641 de la citada ley especial, es que los jóvenes que hayan alcanzado la mayoría de edad, dieciocho (18) años, considerados jóvenes adultos, sean trasladados a una institución de adultos, y ello, se evidencia claramente del texto de la ley la cual utiliza enfáticamente el término *"<u>será trasladado</u>"*, es

decir, que no es potestativo del juez sino un mandato imperativo de la ley y, por ende, de obligatorio cumplimiento para el juez separarlos de los adultos que están cumpliendo pena o sometidos a medida privativa de libertad; asimismo, debe entenderse, que estos jóvenes adultos ya no considerados adolescentes, deben ser separados de los menores recluidos en estos centros de formación, a fin de garantizar y asegurar una adecuada formación integral del adolescente, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, en pro del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, como lo preceptúa el artículo 8 *eiusdem.*

Ahora bien, esta regla tiene su excepción y sí es facultativa del juez, y es que estos jóvenes adultos podrán permanecer en la institución de internamiento para adolescentes, hasta los veintiún (21) años de edad, pero para ello debe tomarse en cuenta las recomendaciones del equipo técnico disciplinario del establecimiento, así como el tipo de infracción cometida y las circunstancias del hecho y del autor.

Como se desprende de la sentencia accionada en amparo, la cual tiene fe pública y sus dichos no han sido cuestionados, el joven adulto Deivis José Calderón Gómez, según los diversos informes trimestrales presentados por el equipo multidisciplinario del Centro de Formación Integral Cañada I, no había dado cumplimiento al reglamento interno que maneja la institución, manteniendo una conducta irregular, incurrió en faltas hacia el equipo técnico, directora del centro y los maestros guías, desacatando las normas y manteniendo una actitud hostil, entre otras.

Visto lo anterior y del análisis efectuado en el presente caso, esta Sala Constitucional no evidencia que la Corte Superior de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia haya incurrido en la infracción delatada, ya que ésta, contrario a lo denunciado, actuó conforme lo establece el artículo 641 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y al verificar que el accionante cumplió su mayoría de edad y no estaban dados los requisitos establecidos en la ley para que permaneciera en la institución para adolescentes, procedió a ordenar su traslado a la Cárcel Nacional de Maracaibo, al área de procesados militares o "pro-

cemil", la cual, si bien es cierto no es un área exclusiva para jóvenes adultos, es el único espacio de la cárcel que tiene una subdivisión interna: funcionarios, patio y calabozo, destinada básicamente para los policías regionales, municipales, militares o cualquier oficial detenido por algún hecho delictivo, es la menos conflictiva del penal, por ende, la más segura.

Esta medida, si bien no se adecua al texto exacto de la ley de estar separado físicamente de los adultos, no es arbitraria ni comporta violación a derechos fundamentales, sino que, por condiciones estructurales en las cárceles, no existen áreas exclusivas para esta población de jóvenes adultos, y frente al deber que tienen los jueces de proteger y garantizar el desarrollo integral de los adolescentes recluidos en las casas de formación, la cual se ve amenazada por la conducta de estos jóvenes adultos, la cual no les hace meritorios de permanecer en dichos centros sino ser trasladados a las cárceles para adultos.

Por tanto, la Corte Superior, ante el deber ineludible de trasladar a estos jóvenes, debe hacerlo a un sitio en el cual se le resguarde los derechos contemplados en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siendo en este caso el área de "procemil" la que más se ajusta a dichas condiciones.

Por otra parte, considera esta Sala respecto a la denuncia efectuada por la defensa, referida a que en los centros penitenciarios para adultos y, específicamente, en la Cárcel Nacional de Maracaibo, no existe Equipo Técnico Especializado en los derechos y beneficios que asisten a los adolescentes [sic], esta Sala desecha dicha acusación ya que de la página web de este Tribunal Supremo de Justicia www.tsj.gov.ve, en la sección de la región del Zulia, aparecen decisiones relativas al juicio penal de autos, de la cual se pudo verificar en sentencia n° 227-09 dictada, el 30 de septiembre de 2009, por el Tribunal de Primera Instancia en Funciones de Ejecución de la Sección Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, que el accionante sí contó con la debida evaluación de un equipo técnico especializado, la cual fue del siguiente tenor:

"[...]

En fecha 15-09-09, se recibe comunicación N° 005492, de fecha 10/08/09, emanada del Departamento de PSICOLOGIA

y TRABAJO SOCIAL DE LA CARCEL [sic] NACIONAL DE MARACAIBO contentiva del INFORME EVOLUTIVO DEL JOVEN ADULTO (OMITIDO POR CONFIDENCIALIDAD) destacándose entre los aspectos especificados los enumerados a continuación:

En el Área Psicológica, se observa:
[…]
• En cuanto al Área Socio-Familiar, se establece:
[…]
• En cuanto al Área Socio-Conductual se establece:
[…]
Finalmente señala Objetivos a cumplir por parte del Equipo Técnico, dentro de los cuales destacan:

Incorporar al joven dentro del proceso educativo.-
Trabajar la internalización de normas y valores.
Afianzar nexos familiares.
Trabajar control de Impulsos
Intervención Psiquiátrica"….".

2.2.7.- Violencia contra la mujer e intervención penal.

2.2.7.1.- Protección de la mujer, sanción penal y procedimiento especial.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1268, Fecha: 14/08/2012

"…Ahora bien, la Sala, con el objeto de resolver el presente amparo, observa lo siguiente:

El procedimiento especial previsto en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia tiene como premisa principal la protección integral a las mujeres víctimas de violencia desde todas las instancias jurisdiccionales. Para el cumplimiento eficaz de dicha protección es necesaria la aplicación de uno de los principios rectores existente en el proceso referido a la celeridad (artículo 8 de la mencionada Ley especial), el cual tiene consonancia con el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución de la Repúbli-

ca Bolivariana de Venezuela, específicamente, a la existencia de una justicia expedita. En efecto, la justicia expedita conlleva a la pronta protección de las mujeres victimizadas por el efecto de la comisión de un hecho punible, así como la determinación de la responsabilidad penal y el cumplimiento de la sanción, por parte de los ciudadanos que ejecutan el injusto punible contra aquéllas, por lo que se precisa que el procedimiento especial donde se ventila la violencia de género, por ser expedito, se corresponde con una pronta justicia (justicia retardada es justicia denegada), máxime, como ocurre en el caso bajo estudio, donde la resolución de la controversia penal está relacionada con la determinación de la comisión del delito de violencia física, que requiere de una acelerada recolección de evidencias, a fin evitar su desaparición probatoria.

Así pues, el derecho a un juicio expedito contenido en el derecho a la tutela judicial efectiva se circunscribe en el procedimiento especial de violencia de género a la necesidad irrefutable de la adquisición pronta de los medios de prueba que demuestren en forma efectiva la posible comisión de un hecho punible contemplado en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, todo ello con el objeto de determinar, sin obstáculos temporales innecesarios, la culpabilidad y responsabilidad del sujeto activo del delito para que se cumpla con el deber de proteger en forma integral a las mujeres víctimas de violencia desde todas las instancias jurisdiccionales y resarcir aquellas conductas consideradas como una desviación social sobre la vida de las mujeres, quienes tienen un derecho a vivir sin violencia.

Lo anterior, a juicio de la Sala, deviene igualmente con el deber asumido por el Estado venezolano cuando suscribió y ratificó la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer, *"Convención De Belem Do Para"*, que postula, en su artículo 7.b, lo siguiente:

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

(…)

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

Asimismo, es pertinente señalar que la exposición de motivos de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia establece, con relación al derecho a obtener un juicio expedito, lo siguiente:

Atendiendo a las necesidades de celeridad y no impunidad, se establece un procedimiento penal especial que preserva los principios y la estructura del procedimiento ordinario establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, ante un juez o jueza unipersonal para todos los casos, limitando los lapsos y garantizando la debida diligencia y celeridad por parte del Fiscal del Ministerio Público en la fase de investigación para que dicte el acto conclusivo que corresponda, como una forma de materializar una justicia expedita conforme lo consagra el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De modo que, la Sala colige que una de las características fundamentales del procedimiento especial contemplado en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia es la rapidez, brevedad o prontitud de la resolución del conflicto penal que a bien tengan que conocer los juzgados competente por la materia; existiendo, por lo tanto, una diferencia cardinal con el procedimiento penal ordinario, el cual es menos expedito. En los procedimientos especiales de violencia de género prevalece la pronta y necesaria adquisición de elementos probatorios que, en la práctica, tienden a desaparecer en forma inmediata debido a su fragilidad.

Ahora bien, tomando en cuenta la brevedad en que se funda el procedimiento especial de violencia contra la mujer y que lo diferencia de otros procesos penales, la Sala precisa que las normas aplicables supletoriamente en dicho procedimiento, conforme lo dispone el artículo 64 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, esto es, las contempladas en el Código Orgánico Procesal Penal, no deben ser traídas a colación cuando contraríen los postulados cardinales del procedimiento especial, toda vez que ello sería contrario a lo señalado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las reglas de rigor previstas en la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer, *"Convención De Belem Do Para"*.

En efecto, la Sala destaca que no es posible aplicar al procedimiento especial de violencia contra la mujer, aquellas normas jurídicas previstas en otros textos normativos que se opongan a la brevedad o rapidez que caracteriza dicho proceso. Esta afirmación, sirve como premisa fundamental para resolver el caso bajo estudio, a saber:

El artículo 108 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, establece lo siguiente:

Contra la sentencia dictada en la audiencia oral se interpondrá recurso de apelación ante el tribunal que la dictó y podrá ser ejercido dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de la publicación del texto íntegro del fallo.

La anterior disposición normativa establece el lapso para impugnar la decisión definitiva que se dicta al finalizar la audiencia oral y pública de juicio en los procedimientos especiales de violencia de género; sin embargo, no existe ninguna norma en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia que establezca el lapso para la interposición del recurso de apelación de autos, esto es, de aquellas decisiones que se publican antes de la celebración de la mencionado juicio oral y público o, bien, contra aquellos pronunciamientos dictados en la etapa de ejecución de la pena impuesta en dichos procedimientos especiales.

Analizados los argumentos del Ministerio Público, la Sala acota, ante la supuesta *"laguna"* o vacío legal, se ha invocado la aplicación supletoria en el procedimiento especial y por disposición del artículo 64 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, el contenido del hoy artículo 440 (antes artículo 448) del Código Orgánico Procesal Penal, que establece el lapso de cinco (5) días para interponer el recurso de apelación contra los autos dictados en el proceso penal ordinario. Ahora bien, ese lapso de cinco (5) días señalados en el Código Orgánico Procesal Penal, que se deben entender como días hábiles, siendo más amplio que el lapso de tres (3) días hábiles siguientes previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, para impugnar la sentencia definitiva, de aplicarse dejaría en entredicho la brevedad que caracteriza el procedimiento especial

de violencia de género referida *supra*. Además, y al margen de lo anterior, la Sala acota que toda decisión de sobreseimiento de la causa pone fin al proceso, por lo que el régimen de apelación aplicable sería el de la sentencia definitiva, esto es, el contemplado en el artículo 108 *eiusdem*.

Por lo tanto, la Sala, haciendo un análisis constitucional conforme con el contenido del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, deja establecido, en aras de garantizar el derecho a una justicia expedita en los procedimientos especiales de violencia, que el lapso de tres (3) días hábiles siguientes para interponer recurso de apelación establecido en el artículo 108 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia es aplicable tanto para sentencias definitivas y autos dictados en ese procedimiento. Así se declara….”

2.2.7.2.- Régimen especial y superación del sistema social patriarcal y androcéntrico.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 216, Fecha: 26/11/2011

“…La existencia de un régimen especial hacia la protección de las Mujeres responde a los compromisos contraídos por la República Bolivariana de Venezuela como Estado Parte en los pactos y tratados internacionales que consagran la obligatoriedad de los Estados de proteger a la mujer en casos de violencia contra su integridad personal; entre los que destacan los siguientes: La Declaración y Programa de Acción de Viena (articulo 18); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1982) en sus artículos 2, 3 y 14, la Ley Aprobatoria del Protocolo Facultativo (2001); La Plataforma de Beijing (artículos 112, 113, 117, 120, 124); la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o “Convención de Belém Do Pará” (artículo 7); la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

En especial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer"*Convención de Belem Do Pará*", impone a los Estados, entre otras obligaciones, el establecimiento de *"procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos".*

Desde la perspectiva de género, cuando en el numeral 2 del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace referencia a la adopción de medidas positivas a favor de personas discriminadas, marginadas o vulnerables y que se encuentren en situación de debilidad frente a los abusos o maltratos; el referido dispositivo constitucional visualiza un grupo poblacional tradicionalmente vulnerable como lo es el de las mujeres. (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional N° 229 del 14 de febrero de 2007).

En este contexto, la jurisprudencia constitucional ha dicho que "*…los jueces y operadores jurídicos en general, en materia de género, deben abandonar los tradicionales esquemas del sistema social patriarcal y androcéntrico imperante, de las creencias, comportamientos, roles, expectativas y atribuciones que sustentan a dicho sistema, así como la discriminación y violencia contra las mujeres en general, y adoptar fielmente el régimen especial de protección a favor de las mujeres, en pro de la justicia social, pues de lo contrario se estaría vulnerando la integridad física y moral de quien demanda esa protección especial…*". (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 486 del 24 de mayo de 2010).

En tal sentido, el Derecho Penal necesita caminar con un conjunto complementario de medidas jurídicas que conlleva una cautelosa utilización del derecho más represivo; en esta materia, la política criminal venezolana se ha enfocado en dos aspectos esenciales, a saber: el primero, ratificar convenciones internacionales que tienen un marco legal de protección a los derechos de la mujer y la segunda, la promulgación de la ley especializada sobre la violencia contra la mujer.

En orden al segundo aspecto, la interpretación que realice la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en relación a la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia adquiere relevancia a la hora de administrar justicia penal en materia de violencia contra la mujer; pues, toda norma jurídica brinda múltiples opciones hermenéuticas y la Sala al interpretar una norma puede elegir aquella interpretación que, entre otras, le parezca más justa o razonable según el momento en que la interpreta. De ahí que, la labor creadora de la Sala demuestra que el Derecho se mantiene constantemente en movimiento, esto es, el orden jurídico es nomodinámico; ya dentro del margen de interpretación del contenido de las leyes se consuma a través de una variación en la interpretación, siguiendo el espíritu de los tiempos, un cambio en el sentido del Derecho. (Vid. Reinhold Zippelius, Erlangen. Concepción del Mundo y conformación de las leyes. En: Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social, Vol.I, Colección Libros Homenaje N° 4, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p 463).

En tal sentido, el intérprete determinará cuál es, a su juicio, el sentido y alcance de la disposición que se está interpretando, en ese preciso momento en que él, como órgano del Estado encargado de la interpretación y aplicación del Derecho Positivo, cumple su tarea como tal. (Cfr. En este sentido: Ross, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia, trad. del inglés por G.R. Carrió, Buenos Aires, 1963, pp.117-119).

La Sala siguiendo al autor Eduardo J. Couture, quiere dejar claro que: "*... Interpretar es, aún inconscientemente, tomar partido de una concepción del Derecho, que es como decir del mundo y de la vida. Interpretar es dar vida, hacer viviente una norma (...) todo intérprete es, aunque no lo quiera, un filósofo y político de la ley...*". (Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1950, T. III, p26).

Igualmente, Ch. Perelman: "*... Todo derecho, todo poder legalmente protegido es otorgado con vista a cierta finalidad: el detentador de ese derecho tiene un poder de apreciación en cuanto a la manera como lo ejerce. Pero ningún derecho se puede*

ejercer de una forma irrazonable, pues lo que es irrazonable no es derecho...". (La Interpretación jurídica. Trad. Del Francés por H. Petzold, Maracaibo. 1976, pp.11-12).

Resulta impretermitible para la Sala de Casación Penal advertir que, la libertad hermenéutica de la cual goza en la interpretación objetiva o dinámica de la norma jurídica, puede conducir a la negación de su vigencia, esto es, si una norma jurídica no opera real y efectivamente, no puede ser llamada Derecho, pues se reduce, a un mero pedazo de papel o a unas voces en el desierto. (Vid. Recasens Siches, Luis. Experiencia jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica. México, 1971, p 522).

En tal sentido, la labor creadora de la Sala en la interpretación judicial constituye la continuación del proceso de producción o creación del Derecho iniciado por el legislador; de la misma manera en la aplicación del Derecho, la actividad del juez o de la jueza está impregnada de valoraciones dentro del marco legal y de los principios que inspiran la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Ahora bien, la Sala destaca que son diversos los métodos o sistemas de interpretación que pueden ser utilizados en el caso de la norma, a saber: auténtica, judicial, literal, lógica, sistemática, restrictiva, extensiva, analógica, histórica, política, evolutiva y teleológica o finalista; por tanto, la exigencia hermenéutica básica es el método sistemático de interpretación, el cual consiste en la comparación que se hace de determinada norma con el texto de la Ley, considerado éste *in totum*; pues la interpretación sistemática refiere la conexión y posición de un precepto jurídico en el complejo global de la ley, norma u ordenamiento jurídico; es decir, en el método sistemático, la norma es interpretada a la luz de todo el ordenamiento jurídico, cuyo significado no resulta aislado de éste.

Bajo estos lineamientos de la hermenéutica jurídica, la Sala de Casación Penal realizará la interpretación de los artículos 79 y 103 (encabezamiento) de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia..."

2.2.8.- Derecho penal militar

2.2.8.1.- Jurisdicción penal militar y jurisdicción penal ordinaria

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 496, Fecha: 13/10/2009

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su Exposición de Motivos, al referirse al Capítulo III, denominado "Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia", del Título V de la Constitución, expresa lo siguiente: *"… **La jurisdicción penal militar será integrante del Poder Judicial y sus jueces serán seleccionados por concurso. La competencia de los tribunales militares se limita a la materia estrictamente militar. En todo caso, los delitos comunes, violaciones de los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, serán procesados y juzgados por los tribunales ordinarios, sin excepción alguna…**".*

Por su parte, el artículo 261 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desarrolla el Principio de competencia Penal, estableciendo que: *"La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados o seleccionadas por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar**. La comisión de los delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar"**.*

La Sala de Casación Penal, en sentencia N° 750 del 23 de octubre de 2001, estableció que el artículo 261 del texto constitucional, regula la competencia de la Jurisdicción Militar y no el artículo 123 del Código Orgánico de Justicia Militar, en los términos siguientes: *"… **los delitos comunes serán juzgados por los tribunales ordinarios y la competencia de los tribunales militares se limitará a las infracciones de naturaleza militar. En consecuencia deben entenderse por estos delitos***

aquellas infracciones que atenten a los deberes militares. La Constitución resuelve, en esta forma las viejas dudas existentes al respecto y lo hace aplicando el principio de la igualdad: no existe fuero castrense en razón de las personas que cometan o sean víctimas de delitos, sino que la jurisdicción sigue a la naturaleza de la infracción...”.

Por su parte, el artículo 75 del Código Orgánico Procesal Penal, dispone que: ***“Si alguno de los delitos conexos corresponde a la competencia del Juez ordinario y otros a la de jueces especiales, el conocimiento de la causa corresponderá a la jurisdicción penal ordinaria...”***.

Ahora bien, en el presente caso, al ciudadano Alistado (GNB) OSMAR VILORIA ZAMBRANO, se le siguen dos causas, una por el delito de Posesión Ilícita de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Penal Ordinario), y la otra por el delito de Deserción Militar (Penal Militar), lo cual de conformidad con lo establecido en el artículo 75 del Código Orgánico Procesal Penal, estamos en presencia de delitos conexos.

En consecuencia, de acuerdo a los artículos 261 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 75 del Código Orgánico Procesal Penal, la Sala declara que la competencia para tramitar y decidir la presente causa, corresponde al Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, extensión Barlovento. Así se declara.

2.2.8.2.- Especialidad de la Jurisdicción Penal Militar, Código Orgánico de Justicia Militar y Corte Marcial del Circuito Judicial Penal Militar.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 804, 18/06/2012

“…Así las cosas, debe esta Sala, en primer término, analizar la competencia de la Corte Marcial del Circuito Judicial Penal Militar.

La recusación está regulada en el Título IV del Código Orgánico de Justicia Militar. Dentro de las normas contenidas en dicho Título destaca, en materia de competencia, el artículo 118, que establece lo siguiente:

"**Artículo 118.** Son autoridades competentes para decidir la inhibición o recusación:

1. De los Jueces de Primera Instancia permanente, el Consejo de Guerra. Cuando la recusación o inhibición se hubiere verificado durante el sumario, no se paralizará éste, sino que mientras se deciden tales incidencias, a la mayor brevedad se convocará el Suplente a fin de que continúen las diligencias sumariales. En caso de que el funcionario inhibido o recusado fuere accidental, conocerá de la incidencia la autoridad que lo nombró.
(…omissis…)" (Destacado nuestro).

Ahora bien, en el artículo 27 *eiusdem*, se consagra la estructura de la jurisdicción militar, en los siguientes términos:

"**Artículo 27.** Son Tribunales Militares:

1. La Corte Suprema de Justicia.
2. La Corte Marcial.
3. Los Consejos de Guerra Permanente.
4. Los Consejos de Guerra accidentales, en los casos del artículo 63.
5. Los Jueces Militares de Primera Instancia Permanentes.
6. Los Jueces accidentales de instrucción, en los casos del artículo 52".

A continuación se transcriben los artículos del referido texto normativo, en los cuales están contenidas las atribuciones de los tribunales militares, a saber:

"**Artículo 30.** La Corte Suprema de Justicia, en materia militar, tiene las atribuciones siguientes:

1. Conocer de los recursos de casación en los juicios militares, conforme a lo dispuesto en este Código.
2. Elegir los miembros principales y suplentes de la Corte Marcial, conforme al artículo 33 de este Código.
3. Conocer de las solicitudes de nulidad de los juicios militares a que se refiere el ordinal 1 del artículo 157.
4. Conocer de las solicitudes de rebaja de pena.

5. Decidir las cuestiones de competencia entre los tribunales militares.
6. Resolver los conflictos de atribuciones entre funcionarios de Justicia Militar.
7. Las demás que le señalen las leyes militares”.

“**Artículo 38.** Son atribuciones de los Consejos de Guerra Permanentes:

1. Conocer en única instancia de los procesos que se sigan a Oficiales Generales del Ejército y a Oficiales Almirantes de la Armada.
2. Conocer en segunda instancia de las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra, en virtud de consulta o apelación.
3. Acordar o no la rehabilitación de los condenados a la pena de expulsión de las Fuerzas Armadas.
4. Juzgar en única instancia las infracciones que hubieren cometido, en el ejercicio de sus cargos, los miembros de los Consejos de Guerra y los Auditores de Guerra.
5. Decidir las cuestiones de competencia entre los tribunales militares.
6. Resolver los conflictos de atribuciones entre funcionarios de Justicia Militar.
7. Dictar los Reglamentos Internos de sus oficinas y los de los Consejos de Guerra.
8. Enviar al Ministro de la Defensa anualmente y además las veces que éste lo exigiere, los informes que le fueren pedidos sobre el funcionamiento de los tribunales militares y las sugestiones que crean convenientes para la corrección y mejora de este Código y las leyes penales militares. A este efecto, la corte requerirá también de los Tribunales inferiores el envío a ella de tales datos.
9. Las demás que le señalen las leyes y reglamentos militares”.

“**Artículo 47.** Son atribuciones de los Consejos de Guerra Permanentes:

1. Sustanciar y sentenciar en primera instancia los procesos cuyo conocimiento no corresponda a los Jueces Militares Permanentes de Primera instancia, según el ordinal 2 del artículo 50 de este Código.

2. Conocer en segunda instancia de los procesos a que se refiere el citado ordinal 2 del artículo 50.
3. Conocer de las apelaciones de los autos de detención dictados por los Jueces Militares de Primera Instancia permanentes y de las demás decisiones de los mismos Jueces en que sea procedente el recurso de apelación”.

“**Artículo 50.** Son atribuciones de los Jueces Militares de Primera Instancia Permanentes:

1. Instaurar y sustanciar el sumario, dictar autos de detención ya hacerlos ejecutar, cuando proceda, practicando y haciendo practicar todas las diligencias o medidas legales que juzgue conducentes a la averiguación de los hechos punibles militarmente y al aseguramiento de los culpables y de los objetos o instrumentos del delito.
2. Sustanciar y sentenciar en primera instancia las causas por deserción, desobediencia o insubordinación sin ofensa o ataque por vías de hecho al Superior.
3. Las demás que le señalen las leyes y los reglamentos militares”.

Mediante resolución N° 2004-0009 del 18 de agosto de 2004, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.021 del 13 de septiembre de 2004, la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia creó el Circuito Judicial Penal Militar. En tal sentido, se indicó la organización jurisdiccional del mismo, en los siguientes términos:

“**Artículo 20.** La Organización Jurisdiccional del Circuito Judicial Penal Militar estará estructurada de la siguiente manera:

a. La Corte Marcial que ejercerá funciones de Corte de Apelaciones y Tribunal Constitucional.
b. Diecisiete (17) Tribunales Militares de Control.
c. Cinco (05) Tribunales Militares de Juicio.
d. Cinco (05) Tribunales Militares de Ejecución de Sentencia”.

“**Artículo 21.** La Corte Marcial ejercerá las funciones de Corte de Apelaciones y de Tribunal Constitucional, tendrá competencia en todo el territorio nacional y estará integrada por cinco (05) Oficiales en servicio activo, con el grado de General o Almirante, Coronel o Capitán de Navío” (Destacado nuestro).

En la referida resolución, además, se cambia la denominación de los Tribunales Militares de Primera Instancia Permanentes por la denominación de Tribunales Militares de Control (artículo 22), se cambia la denominación de los Consejos de Guerra Permanentes por la denominación de Tribunales Militares de Juicio (artículo 23) y se crean los Tribunales Militares de Ejecución de Sentencias (artículo 24); todo ello "*…de conformidad con el Código Orgánico Procesal Penal…*".

Con posterioridad a la creación del Circuito Judicial Penal Militar, han sido publicados dos cuerpos normativos que han modificado la estructura de la jurisdicción militar.

Así, en el Reglamento Interno del Circuito Judicial Penal Militar, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.595 del 17 de enero de 2011, se estableció lo siguiente:

"**Objeto**
Artículo 1. El presente Reglamento Interno tiene por objeto establecer las normas, procedimientos y estructura de funcionamiento del Circuito Judicial Penal Militar, conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal, Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Código Orgánico de Justicia Militar y demás leyes aplicables".

"**Organización Jurisdiccional**
Artículo 11. El Circuito Judicial Penal Militar está integrado de la siguiente manera:

a. Una Corte Marcial, que ejercerá las funciones de Corte de Apelaciones y Tribunal Constitucional;
b. Tribunales de Primera Instancia:
  - Tribunales Militares de Control.
  - Consejos de Guerra en funciones de Juicio.
  - Tribunales Militares de Ejecución de Sentencia".

"**Corte Marcial**
Artículo 12. La Corte Marcial ejercerá las funciones de Corte de Apelaciones y de tribunal constitucional, <u>tiene competencia en todo el Territorio Nacional</u> y está integrada por cinco oficiales en servicio activo, con el grado de General o Almirantes, Coroneles o Capitanes de Navío, y los Secretarios Judiciales, Alguaciles

y personal administrativo requerido para su funcionamiento" (Destacado nuestro).

Por otra parte, en el artículo 128 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.020 Extraordinario del 21 de marzo de 2011, se señaló lo siguiente:

"**Organización**
Artículo 128. El Sistema de Justicia Militar en la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, está organizado por:

1. El Circuito Judicial Penal Militar, integrado por la Corte Marcial, los Tribunales de Control, Juicio y Ejecución de Sentencia;
2. La Fiscalía Militar;
3. La Defensoría Militar; y
4. Los Órganos Auxiliares de Investigación" (Destacado nuestro).

Así las cosas, considera importante esta Sala recordar las referencias a los artículos 261 y 269 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, efectuadas en la antes mencionada resolución de Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, al crear el Circuito Judicial Penal Militar. Los indicados artículos establecen que:

"**Artículo 261.** La Jurisdicción Penal Militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados o seleccionadas por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar. Le ley regulará lo relativo a las jurisdicciones especiales y a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución".

"**Artículo 269.** La ley regulará la organización de circuitos judiciales, así como la creación y competencias de tribunales y cortes regionales a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial".

De la lectura de los artículos transcritos *supra*, se puede evidenciar lo siguiente:

- En el Código Orgánico de Justicia Militar se establecía un orden de jerarquía entre los diferentes tribunales penales: en el nivel más alto se encontraba la Corte Suprema de Justicia, luego la Corte Marcial, de seguidas los Consejos de Guerra y en el más bajo los Jueces Militares de Primera Instancia.
- Con la creación del Circuito Judicial Penal Militar, se reordenó la estructura de los tribunales militares, quedando sólo tres niveles: Tribunal Supremo de Justicia, Corte Marcial y Tribunales de Primera Instancia (control, juicio y ejecución de sentencias).

Ahora bien, aun cuando no se ha plasmado en ninguno de los textos normativos antes citados la modificación de las competencias que han sufrido estos tribunales, debe interpretarse que las mismas se asemejan a la estructura y funciones establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal, salvaguardando las particularidades de la justicia militar.

En tal sentido, no resulta lógico que se sigan aplicando las normas sobre inhibiciones y recusaciones contenidas en el Código Orgánico de Justicia Militar; pues actualmente los Jueces Militares de Primera Instancia –hoy tribunales de control- y los Consejos de Guerra –hoy tribunales de juicio-, se encuentran en un mismo nivel jerárquico: ambos son tribunales de primera instancia.

Así las cosas, el artículo 549 del Código Orgánico Procesal Penal, establece que:

"**Artículo 549.** *Especialidad de la Jurisdicción Penal Militar.* En la jurisdicción penal militar se aplicarán las normas establecidas en su legislación especial. Las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal, desde su entrada en vigencia, serán supletorias del Código de Justicia Militar, en los casos no previstos por él y en cuanto sean aplicables".

Debe, en consecuencia, recurrirse a la regulación sobre inhibiciones y recusaciones contenida en el Código Orgánico Procesal Penal que, en su artículo 95, establece que:

"**Artículo 95.** *Juez o Jueza Dirimente*. Conocerá la recusación el funcionario o funcionaria que determine la Ley Orgánica del Poder Judicial, al cual se remitirá copia de las actas conducentes".

En tal sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 48, estipula lo siguiente:

"**Artículo 48.** <u>La inhibición o recusación de los jueces en los tribunales unipersonales serán decididas por el tribunal de alzada, cuando ambos actuaren en la misma localidad</u>; y en el caso contrario los suplentes, por el orden de su elección, decidirán en la incidencia o conocimiento del fondo, cuando la recusación o inhibición sean declaradas con lugar por el tribunal de alzada o por ellos mismos, a menos que hubiere en la localidad otro tribunal de igual categoría y competencia, caso en el cual deberán ser pasados a éste los autos a los fines del conocimiento de la incidencia o el fondo del asunto, en caso de ser declaradas con lugar la recusación o inhibición.

Las causas criminales no se paralizarán, sino que las actas serán enviadas a otro tribunal de la misma categoría, si lo hubiere, para continuar el procedimiento" (Destacado nuestro).

De conformidad con lo establecido en el artículo transcrito *supra*, correspondería el conocimiento de las inhibiciones y recusaciones al tribunal de alzada, en el presente caso, a la Corte Marcial.

Ahora bien, sostienen los accionantes que no podía conocer la Corte Marcial, por cuanto la misma no se encuentra en la misma localidad en la cual está ubicado el tribunal *a quo*; que tampoco es aplicable el segundo supuesto contemplado en el artículo 48 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto no existe un tribunal de la misma categoría en la misma localidad; y que, por tanto, debe aplicarse el último supuesto, es decir, debe convocarse al suplente, para que sea él quien decida la incidencia.

Considera importante esta Sala enfatizar, que la norma contenida en el artículo 48 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es una disposición general, aplicable, en principio, a la jurisdicción ordinaria, pero cuya aplicabilidad en la jurisdicción especial militar debe ser analizada con detenimiento.

En efecto, al ser la Corte Marcial la única alzada de los tribunales militares de primera instancia y teniendo competencia nacional, si se aplicare lo previsto en el referido artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo los casos relacionados con inhibiciones o recusaciones de jueces de tribunales de primera instancia ubicados en la ciudad de Caracas podrían ser conocidos por su superior; lo cual, sin lugar a dudas, constituiría una violación al juez natural. Así se declara.

En virtud de lo anterior, esta Sala desaplica el artículo 48 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la jurisdicción especial militar, por resultar violatorio del derecho al juez natural y establece, con carácter vinculante para las otras Salas de este Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, que las inhibiciones y recusaciones de los jueces militares unipersonales de primera instancia, deben ser resueltas por la Corte Marcial, por ser la alzada de éstos. Así se decide.

Como consecuencia de lo anterior, esta Sala declara que en el presente caso no hubo violación al juez natural, pues era la Corte Marcial del Circuito Judicial Penal Militar el tribunal competente para conocer y decidir la incidencia de recusación formulada en la causa primigenia. Así se decide…”.

2.2.9.- Derecho penal económico y Constitución.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 439, Fecha: 27/05/2011

“…Partiendo de las consideraciones contenidas en la sentencia parcialmente transcrita, esta Sala advierte que tanto la Constitución de 1961, como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, postularon como uno de los principios fundamentales que rige el régimen económico del Estado, el de justicia social, en los siguientes términos:

“(…) Artículo 95: El régimen económico de la República se fundamentará en principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad.

El Estado promoverá el desarrollo económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país.

Artículo 96: Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social.

La ley dictará normas para impedir la usura, la indebida elevación de los precios, y en general, las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica (…)” (Constitución 1961).

Por su parte, el ordenamiento supremo vigente ha recogido el nuevo paradigma del régimen socioeconómico y de la función del Estado en la economía, al establecer en su artículo 299 *eiusdem*, que:

“(…) El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta (…)”.

En ese orden, igualmente se destaca el contenido del artículo 308, el cual establece que *“(…) El Estado protegerá y promoverá la pequeña y mediana industria, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país, sustentándolo en la iniciativa popular. Se asegurará la capacitación, la asisten-*

cia técnica y el financiamiento oportuno (…)”.

Paralelamente, en anteriores oportunidades la Sala ha señalado que el contenido normativo del artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, permite a todos los particulares desarrollar libremente su iniciativa económica, a través del acceso a la actividad de su preferencia, la explotación de la empresa que hubieren iniciado y el cese en el ejercicio de tal actividad, todo ello, sin perjuicio de las restricciones que impone la Constitución y la ley. Así lo sostuvo en sentencia Nº 462/01, al disponer lo siguiente:

“respecto a la pretendida violación del derecho a la libertad de empresa, debe anotarse que tal derecho tiene como contenido esencial, no la dedicación por los particulares a una actividad cualquiera y en las condiciones más favorables a sus personales intereses; por el contrario, el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas”.

En consonancia con el criterio jurisprudencial parcialmente transcrito, la Sala precisó que en el contexto del principio de libertad -artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- que informa como valor fundamental al ordenamiento jurídico venezolano, se desarrolló el derecho a la libertad económica, igualmente denominado derecho a la libertad de empresa, como una situación jurídica que se materializa, tanto en una situación de poder, que faculta a los sujetos de derecho a realizar cualquier actividad económica, siempre que ésta no esté expresamente prohibida o que en el caso de estar regulada, se cumplan las condiciones legalmente establecidas para su desarrollo y, en una prohibición general de perturbación de las posibilidades de desarrollo de una actividad económica, mientras el sistema normativo no prescriba lo contrario -Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 1.444/08-, respecto de lo cual se consideró que:

"se reconoce de igual manera, el principio de regulación, como uno de los aspectos esenciales del Estado social de derecho a que se refiere el artículo 2 del Texto Fundamental.

Ambos valores esenciales -libertad de empresa y regulación económica-, se encuentran en la base del sistema político instaurado, sin que ninguno pueda erigirse como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga. Antes bien, se impone la máxima del equilibrio según la cual, los valores están llamados a convivir armoniosamente, mediante la producción de mutuas concesiones y ello implica, que las exigencias de cada uno de ellos, no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.

De este modo, las colisiones o conflictos entre valores o derechos, que lleva inherente el carácter mixto de la denominada Constitución económica, permite mantener la armonía del sistema, no mediante la sumisión total de unos valores sustentada en alguna pretendida prevalencia abstracta u ontológica de uno sobre otro, sino mediante el aseguramiento, en la mayor medida posible, de la observancia de cada valor, fijando el punto de equilibrio en atención a las circunstancias del caso y a los principios del ordenamiento.

El comentado punto de equilibrio, se logra a través del principio de compatibilidad con el sistema democrático, que impera en materia de limitación de derechos fundamentales y de acuerdo al cual, las citadas restricciones deben responder al contexto constitucional en el que habrán de ser dictadas. Así, a través del denominado control democrático, que no es más que un análisis de la vigencia del principio de racionalidad, debe constatarse que la actuación del Estado sea idónea, necesaria y proporcional al objetivo perseguido, es decir, que sea apta para los fines que se buscan, requerida ante la inexistencia de una medida menos gravosa para el derecho y finalmente, que la intervención no resulte lesiva, sino suficientemente significativa, pues de lo contrario se plantea una limitación injustificada.

De esta forma, si el ejercicio del derecho se ve limitado excesivamente, la medida devendrá en desproporcionada y por ende, inconstitucional, con lo cual no es suficiente su idoneidad, sino la valoración de un propósito donde deben preponderar los reque-

rimientos sociales del pleno goce de los derechos involucrados, sin trascender de lo estrictamente necesario, pues tal como se desprende del artículo 3 del Texto Fundamental vigente, el Estado venezolano tiene una vocación instrumental que como todo Estado constitucional de derecho, propende al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales en un contexto social.

En el referido marco constitucional, la injerencia pública sobre el principio general de libertad de empresa, debe basarse en la salvaguarda del desarrollo humano, la seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y someterse al comentado principio de racionalidad o test democrático” -Vid. Sentencia de esta Sala Nº 2.152/07-.

Afín a los anteriores asertos, es el criterio jurisprudencial de esta Sala en relación con el derecho de propiedad, según el cual efectivamente la Constitución garantiza categóricamente el derecho de propiedad, sin que ello comporte que “*como casi todo derecho -a excepción de los derechos a la vida y a la integridad- conocen excepciones o limitaciones. En primer lugar, la propiedad puede ser limitada por la ley, si existen razones de utilidad pública o interés general, tal como lo establece el artículo 115 del Texto Fundamental, según el cual: ‘Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes’. Existe abundante jurisprudencia acerca de la posibilidad de que se limite la propiedad si hay razones que lo justifiquen*” -Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 3.537/05-.

Ahora bien, **cuando el artículo 299 *eiusdem*, define los elementos característicos del régimen socioeconómico y lo califica como una actividad a desarrollarse bajo principios tales como los de justicia social, eficiencia, productividad y solidaridad, las mismas son aplicables al desarrollo de la actividad del sector privado y público, ya que si bien todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad eco-**

nómica de su preferencia, existen *prima facie* limitaciones previstas en la Constitución como las ya señaladas, aunada a otras, como son la de que cualquier actividad económica debe estar dirigida a generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa de consulta abierta y responsable.

De ello resulta pues, que **en el sistema constitucional vigente el derecho a desarrollar actividades lucrativas no es una posición o bien jurídico aislado sobre el cual se habilitan posteriores restricciones legales, sino más bien constituye parte de la concepción del derecho a la libertad el cual no es absoluto, pues se encuentra definido en sus objetivos por el propio Texto Fundamental, por lo que el Estado no puede incidir en la actividad de forma tal que desconozca el derecho, pero los particulares tampoco pueden ostentar una tutela constitucional fuera de los limites que la propia Constitución establece en proporción o relación a su situación jurídica.**

Así, en sectores económicos como el bancario, sus agentes no pueden pretender un derecho previo, fundacional o de mayor entidad a desarrollar actividades riesgosas y lucrativas, que sólo pueden ser limitadas sin afectar su núcleo esencial, ya que en ese ámbito fundamental se encuentran entidades jurídicas de igual valor (constitucionales), tales como -en general- la consecución del bien común y, particularmente la seguridad jurídica, solidez y sustentabilidad, del crecimiento de la economía, que habilita al legislador para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país, que en muchos casos comporta, la absoluta prohibición y ejemplar sanción de alguna de estas actividades, como por ejemplo apropiación o aprovechamiento indebido de bienes.

Al hilo de las anteriores consideraciones, esta Sala reitera que al no revestir los derechos fundamentales una dimensión exclusiva de reacción frente a la intervención estatal,

sino también de derechos de protección, que exigen conductas positivas eficaces de todos los órganos y entes que ejercen el Poder Público, garantizando su eficacia frente a sus propias actuaciones y a la de terceros, es por lo que toda ley sectorial en materia económica, bien sea de naturaleza civil, comercial, administrativa, o penal, se erige como una medida que el Estado debe implementar para proteger los derechos fundamentales y demás principios constitucionales.

La posición que asume la Constitución y la interpretación que en ese sentido se plasmó en la sentencia de esta Sala Nº 85/02, **constituye una perspectiva que redimensiona tanto la concepción de la función legislativa, como la de la facultad de tutela de esta Sala, sobre el ejercicio de la mencionada función normativa**, **en tanto que el legislador "*tiene la obligación de legislar para la realidad nacional*"** (Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 1.178/09), lo cual excede una perspectiva que reduzca el análisis de constitucionalidad a la opción legislativa o que la regla seleccionada no pueda sostenerse sin afectar el núcleo esencial de los derechos constitucionales (Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 898/2002), en tanto que en esos casos, se asume que el legislador cuenta con la libertad de escoger una solución entre varias, incluso una más limitativa que otra u otras, quedando prohibido optar por alguna que anule por completo el derecho constitucional delimitado, **sin tomar en consideración que existen circunstancias en las cuales la propia Constitución, exige bajo un juicio de proporcionalidad y razonabilidad, negar la subsistencia de algún derecho fundamental a favor de otros**.

Por lo tanto, si bien **el órgano legislativo es ciertamente libre en los extensos límites de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para optar entre todas las posibles alternativas la vía de proceder que considere en cada caso más conveniente, así como el escoger las razones que mejor puedan justificar su elección, ello debe producirse igualmente en el marco de las razones que concreta y racionalmente permita la norma que le sirva de fundamento jurídico**.

Lo anterior se refleja, en la competencia de esta Sala para determinar que el legislador en el ejercicio de sus funciones actúe bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad, lo

que comporta la posibilidad de controlar actuaciones tan discrecionales como las sometidas a consideración de esta Sala en la sentencia Nº 2/09, en la cual se señaló "***que toda medida adoptada debe responder o ser idónea a los fines y límites que el ordenamiento jurídico establece****, lo cual en el caso de la formulación del presupuesto local, encuentra entre otras restricciones, la adecuación de la inversión a las necesidades de la comunidades o que de los ingresos previstos en el presupuesto municipal al menos el cincuenta por ciento deba destinarse a gastos de inversión en áreas preferentes como salud, educación, saneamiento ambiental y a los proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable del Municipio; ello trae como consecuencia fundamental, que la prioridad para la asignación de los ingresos debe tenerla la Alcaldía, vale decir el Alcalde -a quien corresponde el gobierno y administración del Municipio- y demás órganos o dependencias cuya competencia sea la satisfacción de necesidades en tales áreas*".

Se reitera entonces, la idea de que **no existen actos de los órganos que ejercen el Poder Público que puedan desarrollarse al margen del derecho, aislado de vinculaciones jurídicas. La regulación de la competencia del órgano, los principios constitucionales sobre los fines del Estado, sobre los derechos fundamentales, lo que esta Sala ha denominado elementos jurídicos, forman un entramado vinculante para una decisión que, aun siendo discrecional políticamente, no se desarrolla en este sentido al margen del derecho**.

Ahora bien, **es en ese contexto normativo y jurisprudencial que debe abordarse el desarrollo de las normas que regulan la actividad bancaria**, **la cual constituye un elemento fundamental en la consecución de los postulados contenidos en los ya citados artículos 112, 299 y 308 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado que la banca y el resto de las instituciones financieras y comerciales del país, funcionan como los canales de captación y distribución de los capitales hacia los sectores de la economía que hagan un uso eficaz de aquellos y a su vez, coadyuvan en el mantenimiento de la estabilidad económica en general**.

Así, la Sala ha reconocido al sistema financiero como una actividad que en relación con sus usuarios es de eminente interés

público, ya que *"(…) Hay actividades que son de interés general, de interés público o de interés social, y para que los particulares puedan cumplir esas actividades, es necesario -por mandato legal- que el Estado los autorice o los habilite, lo que también es necesario para prestar servicios públicos, como los que prestan -por ejemplo- la Banca y otros entes financieros, servicio público reconocido como tal por el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, o por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en lo referente al subsistema de vivienda y política habitacional (artículo 52 de la última ley citada) (…)"* -Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 85/2002, caso: *"Asodeviprilara"*-.

En ese orden, los preceptos normativos contenidos en leyes estatutarias de derecho público en la materia, como la derogada Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera y la vigente Ley de Instituciones del Sector Bancario, "***debían y tienen que materializar o viabilizar entre otros aspectos, el de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad, mediante el correcto y eficaz desarrollo de la actividad de la banca y demás instituciones financieras, bajo los principios de justicia social***" -Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 1107/08-.

Bajo ese principio de justicia social, **en el desarrollo de una actividad económica, como la bancaria o financiera, no sólo se garantiza la tutela de los derechos de los titulares de la actividad económica sino de los usuarios del mismo, ya que dentro de los fines de ese régimen estatutario de derecho público, siempre se ha tratado que las entidades sometidas a las leyes de bancos, posean una condición financiera y estructural suficiente para responder a las eventuales exigencias de los usuarios**.

Por ello, esta Sala ha señalado que las operaciones de los entes regidos por la legislación financiera "*requieren de límites que impidan perjuicios a quienes contratando con ellos -al abrir cuentas en las que depositan dinero; celebrar operaciones financieras diversas; recibir créditos por los que pagan interés, entre otras- les permiten operar en la práctica, de tal modo que cuando una entidad dispone de manera indebida de los recursos que maneja,*

atenta no contra su patrimonio exclusivamente, sino también y de manera particular contra los ciudadanos, incurriendo sus directivos en presuntos delitos contra la fe pública, sin perjuicio de las demás sanciones administrativas", por lo que:

"para este Máximo Tribunal, el legislador atendió a una exigencia surgida de la realidad social, determinando los medios idóneos para evitar la repetición de situaciones de graves perjuicios colectivos, lo que en definitiva hace privar los intereses colectivos sobre los individuales, presupuesto básico del Estado Social de Derecho.

A juicio de este órgano sentenciador todo lo expuesto se aprecia claramente en el caso de las entidades regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. ***La protección del empresario bancario o financiero, como titular de la libertad económica, no puede menoscabar la protección de los ahorristas o de quienes, en general, les proporcionan sus fuentes de recursos para sus operaciones financieras. Precisamente, ante esa relación desigual nace el deber ineludible del Estado de velar por quienes se encuentren en la situación más débil o desventajosa, que sin duda es el ahorrista o el pequeño inversor. En otras palabras, la protección del interés general (ahorristas) sobre el interés particular y minoritario (los bancos)****"* (Sentencia de esta Sala Nº 1.178/09).

En la consecución de tales fines, una manifestación propia como la actividad normativa del Estado se exterioriza en el ámbito penal, como medidas legislativas que el Estado adopta para la tutela de los derechos fundamentales y los bienes constitucionales (Cfr. SANTIAGO MIR PUIG. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1994).

Ciertamente, en el modelo de Estado Social el sistema jurídico penal ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos reconocidos en el ordenamiento jurídico, es clara la necesidad de otorgar a la pena, la función de prevención de los hechos (delitos) que atenten contra estos bienes. En ese contexto, la Corte Constitucional de Colombia, señala acertadamente que:

"El Derecho penal en un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra

la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional. Debe, por tanto, asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que los considera graves. Así, pues, un adecuado sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Siguese de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial.

La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables” (Cfr. Sentencia Nº C-565/93)

Sobre la base de estas premisas, **se debe apuntar que si bien en la República Bolivariana de Venezuela se asume que el ejercicio del *ius punendi* -y particularmente en el desarrollo de la actividad legislativa-, debe asegurar las garantías propias del Estado de Derecho, como las vinculadas a los principios de legalidad, irretroactividad de la ley, debido proceso y derecho a la defensa o al principio de la legalidad entre otros derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, también se sostiene con igual grado de protección e incidencia, que el legislador penal -y los órganos vinculados con su implementación- debe alcanzar una protección suficiente a los derechos fundamentales y demás bienes constitucionales**.

Ciertamente, desde una perspectiva general, en materia de ordenación normativa económica, la Sala se ha pronunciado rei-

teradamente respecto de la idoneidad de las normas de regulación, al señalar que la estructura argumentativa de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de medidas en materia económica, debe ser un *"(…) discurso de gran estrictez racional, incomparablemente más riguroso que el exigido al legislador para justificar la legalidad de la restricción (…)"* (Vid. BIANCHI, ALBERTO B. *Control de la Constitucionalidad*, t. I, 2 Ed., Abaco, Buenos Aires, p. 263 y BAKMAS, IVÁN. *Los Contratos y las Leyes de Orden Público*, AdHoc, Buenos Aires, 2006, p. 125), ello debido a que "*siendo en economía imposible verificar con certeza, la viabilidad de hipótesis normativas generadas en modelos controlados, basta para el legislador acreditar que el medio elegido tiene una relación con el fin propuesto; así, la arbitrariedad quedaría descartada si se evidencia que con la restricción es posible (presunción) el logro del fin propuesto. En consecuencia, para que el juez pueda declarar la inconstitucionalidad de este tipo de normas se debe demostrar que el medio elegido es arbitrario, ya porque no tiene relación con el fin propuesto o porque su incidencia en la esfera de derechos y garantías de la sociedad afecta el núcleo esencial de los mismos vaciándolos de contenido*" (Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 1.444/08).

Desde la sentencia 2.855/02, la Sala ha señalado que rige "*en relación con las actuaciones de los órganos que ejercen el Poder Público, el principio normativo conservacionista, conforme al cual debe presumirse la constitucionalidad de los actos que aquellos emitan. De tal manera, que los actos públicos se presumen legítimos en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan ser armonizados con ésta (Cfr. LINARES QUINTANA, Ob. cit. Pág. 583). Por ello, es imperativo establecer prima facie la correspondencia de los instrumentos normativos, que dictó el Legislador con la Constitución, y, desde la existencia de una 'duda razonable', proceder al cuestionamiento de su conformidad con ésta*".

El principio de la constitucionalidad de las leyes, no sólo se limita a la afirmación formal de que la Ley se tendrá por válida hasta cuando sea declarada inconstitucional, implica además: la confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios constitucionales; la seguridad de que la ley no será declarada inconstitucional sino cuando exista insalvable contradicción con la Constitución; y siempre

que existiendo la posibilidad de que la amplitud para interpretar la ley se preste a una inconstitucional, hay que presumir que sea "*razonablemente posible*" que el legislador ha sobreentendido que la interpretación correcta será aquella que permita a la misma mantenerse dentro de los límites constitucionales -Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, p. 96-.

No obstante, **que el legislador en el ejercicio de sus funciones deba actuar bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad, comporta que toda medida adoptada debe responder o ser idónea a los fines y límites que el ordenamiento jurídico establece, lo cual en el caso del establecimiento del régimen económico, encuentra entre otras restricciones la de coadyuvar a promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social** -Cfr. Sentencias de esta Sala Nros. 2/09 y 1.115/10- y, es desde ese marco conceptual, que es posible sostener respecto a las políticas económicas desarrolladas por el Estado que "*existe un nivel donde la neutralidad estatal es simplemente imposible, ya que cualquiera que sea la actitud que asuma, el Estado se encuentra tomando partido a favor de una u otra forma de integración social, en defensa de tales o cuales valores*" -Cfr. GARGARELLA, ROBERTO. *Constitucionalismo y Privacidad*, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos aires, 2009, T. II, p. 795-.

Por ello, es que se afirma acertadamente, que la tipificación del delito y la fijación de la pena es parte de la política o discrecionalidad legislativa, en tanto que a través del procedimiento de formación de leyes, en los cuales según se desprenda de las necesidades de la sociedad, puede identificarse un quehacer histórico en el cual se asumen o descartan distintas concepciones punitivas, que en el marco de la Constitución permitan el desarrollo de diversas tendencias de la política criminal.

Correlativo a los anteriores asertos, es la aceptación de que la facultad de establecer regulaciones punitivas, tales como las causas de exclusión de la responsabilidad penal o respecto a si una pena es suficiente en relación al delito para el cual se contempla, comportan un juicio de valor que normalmente sólo en

los casos de manifiesta desproporción o de notoria irracionabilidad (tales como la prohibición de pena de muerte o de cadena perpetua), no escapa al ámbito de competencia de los jueces, por lo que en principio el legislador puede establecer o eliminar figuras delictivas, graduar las penas aplicables, determinar el género o la extensión de éstas, bajo criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas, todo de conformidad con la valoración, examen y ponderación que se efectúe en torno de los fenómenos sociales y del grado de daño que ciertos comportamiento puedan a causar o llegar a causar en la sociedad.

En ese sentido, en el derecho comparado (España) la doctrina ha sostenido que no existe un modelo constitucional de sanción administrativa o penal (económica), porque ello forma parte de la política económica cuyo establecimiento es neutral para la norma constitucional, por lo que se sostiene que:

“a) La elección de los modelos sancionatorios de respuesta a la infracción de normas que rigen la actividad económica -es decir, del modelo de respuesta a las diferentes formas de criminalidad económica- forma también parte del ámbito no limitado por la Constitución respecto a la elección del sistema económico. En otras palabras: la Constitución no exige un modelo de sanción administrativa o penal, porque ese modelo forma parte del sistema de política económica en cuyo establecimiento es neutral la norma constitucional, y es posible escoger cualquier modelo siempre que garantice la confianza en la vigencia de las normas jurídicas que regulan la actividad económica. Esta consecuencia es admisible para todo el sistema de Derecho penal económico, y los límites derivan tan sólo de los límites que se establecen a su vez en el denominado Derecho penal nuclear, en relación con el cual debe existir siempre una total cohesión. Por ejemplo: un delito cuya tipicidad está fundada en el quebrantamiento de la confianza en la vigencia de normas jurídicas que protegen la propiedad sin riesgos para la vida, salud, integridad o libertad de la víctima o de terceros (v. gr.: un hurto) no puede sancionarse de forma más grave que otro delito que produce ese mismo efecto aunque indirectamente, a través de lesiones al patrimonio, porque la conducta infringe de forma próxima las normas en vigor sobre la actividad económica (v. gr.: un fraude a los consumidores). Ciertamente esta consideración requiere algunos matices: por un lado, es posible sancionar de forma menos grave un tipo de peligro que

no requiera un perjuicio patrimonial, y en ese caso la sanción más grave ha de surgir de las reglas de concurso de delitos; por otro, la gravedad de las infracciones de los sujetos respecto a ciertas obligaciones en relación con el Estado (v. gr.: el delito fiscal y el deber de autodeclaración) no puede valorarse fundamentalmente sobre el perjuicio, sino que es necesario acudir a la valoración de la infracción de estos deberes.

b) De esta forma es evidente que cabe acceder a algunos criterios respecto al problema de los mandatos tácitos en cuanto se refiere al Derecho penal económico en sentido estricto. En realidad, la posibilidad de opción en el ámbito del Derecho penal del medio ambiente que se ha considerado aplicable a todo el Derecho penal económico establece la línea en la que ha de desarrollarse éste: en principio, no existe ninguna obligación constitucional de regulación del Derecho penal económico mediante leyes penales, si bien una regulación de sanciones de Derecho penal administrativo o de Derecho sancionatorio administrativo no puede prescindir de la exigencia de cohesión con las leyes penales, sea el Código Penal, sean leyes penales especiales. Sin embargo, las infracciones de las normas que rigen la vida económica y que, a su vez, representan un peligro para la vida o para otros intereses personales deben ser sancionadas a través del Derecho penal, pues en las sociedades modernas la valoración ético-social de estos comportamientos requiere su sanción a través de leyes penales en sentido estricto, pues representan lesiones del bien común de tal gravedad que la confianza en la vigencia de normas que lo protegen en esos ámbitos no puede ser garantizada de otra manera. En principio, sería posible pensar en la sanción simultánea de una infracción administrativa relativa a la actividad económica (por ejemplo: vertidos no autorizados) y de un hipotético delito de peligro (por ejemplo: la puesta en peligro de la salud de personas). Sin embargo, técnicamente se presentan graves dificultades: por una parte, la tipificación de un delito de peligro concreto (en su caso: "el que pusiere en concreto peligro la salud de las personas") sería tan genérica que resultaría discutible el cumplimiento del mandato de determinación de la ley penal; por otra, la tipificación de un delito de peligro abstracto, sería prácticamente coincidente con la misma infracción administrativa, lo que haría inútil la previsión de ésta. Por tanto, en los ámbitos del Derecho penal económico en los que existe la posibilidad de puesta en peligro de intereses individuales que resultan esenciales para el bien común constitu-

cionalmente es sólo viable la sanción penal de delitos de peligro y, en muchas ocasiones, de peligro abstracto" (Cfr. CARLOS PÉREZ DEL VALLE. *Introducción al Derecho Penal Económico*, en la obra de ENRIQUE BACIGALUPO (Director). *Derecho Penal Económico.* Hamurabi. Buenos Aires, 2000, p. 42-44 yFRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal Parte Especial.* Tirant lo Blanch, 13ª ed., Valencia, 2001).

Ahora bien, **en Venezuela no cabe discusión en torno a si en la Constitución puede encontrarse una definición primaria del contenido, alcance y gravedad que vincule el contenido de la legislación penal y, particularmente, de la legislación penal económica, ya que el constituyente no sólo incluyó un límite, en cuanto a la proscripción de las penas perpetuas o infamantes, así como que las privativas de la libertad no excederán de treinta años (artículo 44.3 de la Constitución), sino que estableció de manera expresa una disposición normativa que califica como delitos actividades vinculables directamente con el sector bancario, al establecer en el Capítulo VII "*De los Derechos Económicos*", del Título III "*De los Derechos Humanos y Garantías*", el artículo 114**, en los siguientes términos:

*"Artículo 114.- **El ilícito económico**, la especulación, el acaparamiento, **la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley**".*

El contenido del artículo parcialmente transcrito, **impone ciertamente un conjunto de limitaciones para el ejercicio de la función legislativa, pero a la vez, comporta un parámetro interpretativo, para el juez en el análisis de la legislación penal en la materia, que debe ponderarse con otros principios aplicables a la legislación penal como los derechos fundamentales referidos a la irretroactividad de la ley, debido proceso, el principio de tipicidad entre otros**.

Cabe acotar igualmente, que si bien existen en el Texto Constitucional normas que compelen al legislador a penalizar actividades como aquellas que atenten contra los bienes del patrimonio cultural (artículo 99 *eiusdem*), respecto a la violación de la inmunidad parlamentaria (artículo 200 *eiusdem*) la evasión fiscal (artículo 317 y numerales 5 y 6 de la Disposición Tran-

sitoria Quinta *eiusdem*), y los delitos contra derechos humanos cometido por autoridades (artículo 29 *eiusdem*), **ninguna es tan amplia en cuanto a la definición de las conductas antijurídicas y la necesidad de establecer penas severas**.

Ahora bien, el punto de partida para determinar el alcance de la norma parcialmente transcrita (artículo 114 *eiusdem*), es sin lugar a dudas la apreciación que hizo el constituyente de 1999, sobre la base de la experiencia histórica del Estado, en relación (entre otras circunstancias) a los efectos de las crisis bancarias, tal como lo destacó esta Sala en relación a la legislación bancaria, al sostener que:

"Ha sido nuestra propia experiencia histórica la que ha aconsejado la existencia y hasta el aumento de la severidad en las prohibiciones, siendo casi palpable tras un simple contraste cómo una crisis financiera ha sido en parte producto de la desatención de las normas equivalentes a las hoy impugnadas. Así, en los pasados años cincuenta los desajustes de los extintos Banco Táchira, Banco Miranda y Banco Comercial de Maracaibo estuvieron vinculados a la política de auto-crédito que aplicaron las direcciones de esos bancos; en los años sesenta y setenta la crisis del Banco Nacional de Descuento, también por una política de auto-crédito a sus gerentes, directores, administradores o accionistas, fue prolongada, lo cual se refleja en las normas bancarias de 1970 y en las reformas de 1974 y 1975. Lo mismo puede decirse del Banco de Comercio en los anteriores años ochenta; sin embargo, la mayor muestra de la necesidad y de la idoneidad de tales medidas lo es, lamentablemente, la crisis en 1994 de la casi totalidad del sistema bancario, que determinó y determinará notoriamente los medios de supervisión a la banca privada y las actividades prohibidas a dicho sector.

En efecto, la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 1993 se presentó como el nuevo esquema de control estatal llamado a modernizar al sistema bancario venezolano, supuestamente afectado, al igual que el resto de la economía del país, con el sistema de sustitución de importaciones. La política del denominado "gran viraje" pretendía lograr en el sistema bancario las mejoras de las instituciones en beneficio del público usuario y de la economía nacional, propiciando la competencia; el fortalecimiento patrimonial de las instituciones bancarias y las mejoras en los mecanismos de control.

No obstante, poco pudo aquilatarse de la aludida Ley: a escasos quince días de su entrada en vigencia el 1 de enero de 1994, detonó la mayor crisis bancaria en la historia del país, que se inició el 13 de enero de 1994 con la salida del extinto Banco Latino C.A. de la Cámara de Compensación, banco éste que entonces recién había adquirido el Banco de Maracaibo, que era el establecimiento financiero más antiguo del país. Esta crisis sistémica, aunque en alguna medida vinculada a factores políticos, ante todo tuvo su origen en variables de carácter económico financiero atribuibles al mal manejo bancario, entre ellas a la inobservancia de las prohibiciones de política de auto-créditos.

En su oportunidad, las instituciones financieras aprovecharon los recursos que captaban para financiar inversiones no autorizadas, o para realizar operaciones fuera de balance, a través de entes relacionados, en beneficio de los administradores, principales accionistas y empresas de su propiedad, al extremo que ocho de las instituciones financieras intervenidas poseían, en promedio individual, ochocientas sociedades mercantiles relacionadas con la institución, su grupo económico o con sus directores y administradores, quienes recibieron préstamos gigantescos sin garantías, o fueron agentes de operaciones sin retorno con el dinero de los depositantes en la banca off shore. En otras palabras, se otorgaron préstamos blandos a largo plazo libres de garantía, y en exceso de los límites estatuidos, y en la mayoría de las veces en estos préstamos no existió ni abono a capital ni a intereses y se apreciaron prórrogas indefinidas. Todo ello en detrimento de los usuarios comunes del sistema bancario.

Para tener una idea de la magnitud de esta crisis, lo que de suyo implica tener una idea de la magnitud del objeto de las normas impugnadas, cabe señalar que los bancos e instituciones afectadas tenían, para el 31 de diciembre de 1993, un total de dos millones quinientos cincuenta y cinco mil setecientos veintidós (2.555.722) depositantes, que operaban a través de quinientas noventa y ocho (598) oficinas con captaciones que bordeaban los quinientos setenta y cuatro mil ochocientos veintinueve millones de bolívares (Bs. 574.829.000.000); solamente los depósitos en los bancos comerciales afectados representaban el 32,3% de los depósitos en todo el subsistema de la banca comercial nacional. Por su parte, para el país superar la crisis representó una pérdida en las reservas internacionales alrededor de diez mil mi-

llones de dólares, una devaluación del 60%, una tasa inflacionaria cerca del 100% y una contracción del Producto Interno Bruto no petrolero del 5.3%. El dinero que se le otorgó a los bancos fue igual al presupuesto nacional de 1994 y representó casi el 13% del Producto Interno Bruto del mismo año. (Cfr. Informes de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria).

En definitiva, durante la crisis financiera de 1994 los grupos financieros dieron cabida a un sistema bancario turbio, donde los autopréstamos y las autocarteras estaban a la orden del día, desbordando la propia capacidad financiera, operativa y patrimonial de los bancos. Estos hechos dan cuenta de que allende donde no se han cumplido las prohibiciones impugnadas se deteriora el sistema bancario, incidiendo negativamente en el aparato económico de la Nación. Por ello, la idoneidad y la necesidad de tales prohibiciones dan al traste con los efectos perniciosos que producen su inobservancia, efectos que trascienden, en demasía, a la simple custodia del derecho a la igualdad. Se tratan de objetivos reales sustentados en hechos que la memoria nacional aún no ha olvidado, y que el legislador ha tenido la precaución de vertirlo en las normas (…)” (Sentencia de esta Sala Nº 1178/09).

Así, **el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el resultado de una valoración conforme al cual se considera que la criminalidad económica, afecta a derechos fundamentales vinculados con la producción, distribución y consumo de bienes o servicios y, en definitiva a la calidad de vida en la sociedad, que requieren ser objeto de una penalización severa**.

En su contenido normativo, **el artículo 114 Constitucional da respuesta a la necesidad de poner fin a una actividad (conducta) considerada esencialmente perjudicial, a la paz social y a la consolidación del sistema económico**, siendo una "*contribución institucional clave a una empresa social más vasta, orientada a remover a la sociedad de la peculiar situación de crisis por la que atravesaba*" **que en momentos de replanteamiento de la institucionalidad como las circunstancias que impulsaron la reforma constitucional en 1999**, **tenía como objeto resolver como "*drama político-social fundamental*"** -en lo que en la norma bajo análisis respecta-, **la impunidad generalizada**

que caracterizó los delitos cometidos en la referida crisis de 1994, tomando en consideración que "*en la Constitución no se encuentra la llave mágica capaz de resolver el problema en cuestión, pero al mismo tiempo se considera que allí reside parte de lo más importante que se puede hacer, colectivamente, en pos de un cambio*" (Cfr. GARGARELLA, ROBERTO. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Algunas Reflexiones Preliminares,* trabajo presentado para el Congreso Internacional 10° Aniversario de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 7 al 9 de diciembre 2009, T.S.J., Caracas, 2009, p. 2 y 3).

Los delitos económicos desde la Constitución, se conciben entonces como un conjunto de conductas que lesionan el orden socioeconómico por ella establecido -vgr. Artículos 299 y 308 *eiusdem*-, al lacerar la confianza en dicho sistema o en alguno de sus sectores (bancario), afectando la existencia o normal desenvolvimiento de los agentes que participan en el mismo (usuarios o instituciones bancarias), en el ámbito reconocido por el propio texto fundamental -vgr. Artículo 112 *eiusdem*- o incluso de la sociedad en general respecto al efectivo goce de sus derechos fundamentales -vgr. Artículos 80 y 82 *eiusdem*-.

Ciertamente, cada actividad ilícita en el ámbito económico y, en particular en el sector bancario, es pasible de generar efectos nocivos más allá de la empresa involucrada o de los usuarios que padecen sus consecuencias directas, en tanto que sus derivaciones tienden en un sector tan interrelacionado, a expandir sus secuelas negativas en relación a la banca en general, generando inseguridad jurídica y económica.

En ese sentido, **la regulación penal por parte del Estado debe hallarse en las características propias de la actividad bancaria la cual está fundamentada, sobre la base de la confianza de los usuarios que invierten su dinero en instituciones financieras que considera competente profesionalmente para administrar los riesgos que se derivan de sus operaciones, aunado a la convicción de contar con un respaldo normativo que permita garantizar la idoneidad de la banca para manejar el dinero de la sociedad**, lo cual como se verá más adelante, sobrelleva una necesaria intervención regulatoria, que ante fracasos estructurales basados en postulados del libe-

ralismo económico, demuestran la vulnerabilidad de un sistema bancario sin controles, tal como se evidenció en la crisis mundial de 1929 o en la reciente crisis económica global de 2007.

En ese contexto, la penalización de actividades desarrolladas en el marco del sector bancario, responden igualmente como parte de la necesidad el Estado de reaccionar ante hechos punibles cometidos por personas en una especial circunstancia de poder o estatus económico, en un ámbito en el cual las partes que integran el sistema actúan de buena fe, abusan de su posición, en detrimento de los débiles jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico bien sea en provecho propio o de terceros.

No puede negarse entonces, que **la primera aproximación al cumplimiento del contenido del artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la obligación del legislador de evitar groseras o escandalosas lagunas de punibilidad, que deberá llenar con la creación de delitos nuevos, perfeccionando los existentes mediante la delimitación de conductas que difícilmente puedan ser sancionadas con los delitos ya existentes, pero que afectan un bien jurídico determinado que requiere de una tipificación de los comportamientos que puedan ponerlo en peligro o lesionarlo**.

Pero también, como ya se planteó anteriormente, se requiere de una activa participación de los órganos del Poder Judicial y en general de los integrantes del sistema de justicia de conformidad con el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que permita la aplicación efectiva de los tipos penales establecidos o que adecue su contenido, en el marco de las competencias atribuidas por el propio Texto Fundamental, por lo que resulta pertinente reiterar que:

"la interpretación de las competencias y alcances del contenido de leyes como las contendidas en el ordenamiento jurídico que regula los bancos y otras instituciones financieras, debe responder a las características particulares del conjunto de normas estatutarias de derecho público que regulan el sistema financiero, lo cual implica considerar como elemento característico de dicho cuerpo normativo su necesaria mutabilidad, ya que sus previsiones

***aunque sean objeto de una constante revisión a los fines de subsanar aquellas inconsistencias o lagunas del ordenamiento jurídico que no permiten un adecuado control del sistema financiero, es en la labor hermenéutica que generalmente se tutelan los derechos y garantías de ese régimen estatutario de derecho público*”** -Cfr. Sentencia de esta Sala 1.107/08-.

Tomando en consideración tales circunstancias, la Sala precisó en la referida sentencia que el juez a "***los fines de garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos vinculados al desarrollo de la actividad bancaria, debe tomar en consideración que la realidad de las operaciones y formas jurídicas que en ella se generan y realizan escapan de las previsiones precisas del ordenamiento jurídico, por lo que es necesario a los fines de garantizar los derechos y garantías involucrados, atender a principios generales que sin violar otros derechos o garantías constituciones -vgr. Principio de legalidad-, posibiliten la realización del principio de justicia social que se materializa en un sistema financiero seguro y responsable*** *(…). Bajo ese marco conceptual, en el cual el juez debe en su labor de aplicación de los principios constitucionales y de los criterios vinculantes de esta Sala, a los fines de adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias sociales y la realidad del sistema financiero*".

Por lo tanto, **corresponde a esta Sala afrontar en el contexto de las competencias que tiene atribuidas, la interpretación del contenido y alcance de la norma contenida en el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario** (G.O. Nº 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010), **teniendo presente la necesidad de provocar una reacción total de los valores, principios y derechos constitucionales, que permee o alcance todos los ámbitos del ordenamiento jurídico y, permita forjar una resolución de fondo acorde con los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para el caso en el cual se avoca**….".

3.- PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL

3.1.-Función de los principios penales.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 915, Fecha: 20/05/2005

Con base en los anteriores planteamientos, se puede afirmar que el fin de la pena –y por ende **la función del Derecho Penal- en un modelo de Estado como el que está delineado en el artículo 2 constitucional, tendrá que ser la prevención limitada, tomando en cuenta para ello los fundamentos filosóficos que en aquél convergen.**

Sobre este punto, MIR PUIG enseña:

"**En cuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS CIUDADANOS, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida- de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado DEMOCRÁTICO DE DERECHO, deberá someter la prevención penal a otra serie de LÍMITES, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal**.

...Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una **prevención limitada** que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores." (MIR PUIG. Ob. Cit., p. 65)

Como corolario de lo antes expuesto, cabe afirmar, partiendo del modelo de Estado venezolano, que la pena –y por ende el Derecho Penal- tiene por función la prevención de delitos, a los fines de evitar que los bienes jurídicos de los ciudadanos se vean lesionados. Claro está, dicha prevención debe estar limitada por los principios antes señalados.

3.1.1.-Límites al ejercicio del *ius puniendi.*

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
N° 915, Fecha: 20/05/2005

Pero es el caso que tales límites al poder punitivo del Estado o ius puniendi, se encuentran constituidos básicamente por los siguientes principios: ***1) Legalidad (derivado del modelo de Estado de Derecho), 2) Utilidad de la intervención penal; 3) Subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal; 4) Exclusiva protección de bienes jurídicos; 5) Lesividad (dimanando estos cuatro del modelo de Estado social); 6) Humanidad de las penas, 7) Culpabilidad, 8) Proporcionalidad; y 9) Resocialización*** *(derivándose estos últimos del modelo de Estado democrático); arropados todos por el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*

3.2.-Principio de la mínima intervención.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1676, Fecha: 03/08/2007

En el caso *sub lite*, esta Sala estima oportuno señalar que, al igual como lo estableció en su sentencia n° 1.500/2006, del 3 de agosto, tanto el Juez Décimo Noveno de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, como la Sala Cuarta (Accidental) de la Corte de Apelaciones de ese mismo circuito judicial penal, dejaron claramente determinado que la acusación fiscal y la querella estaban sustentadas, exclusivamente, en el contrato mercantil a través del cual los imputados y la supuesta víctima celebraron el negocio jurídico, así como también en el incumplimiento en el que aquéllos habrían incurrido al no haber satisfecho las obligaciones que nacieron del referido contrato; de allí que para determinar si la acusación del Ministerio Público y de la víctima eran viables o no, el Juez de Control debía analizar durante la audiencia preliminar –como bien lo hizo- el mencionado contrato. Por otra parte, la defensa opuso la excepción establecida en el artículo 28.4.c) del Código Orgánico Procesal Penal, ya que estimó que tanto la acusación de la *vindicta* pública así como la acusación privada, estaban

basadas en hechos que no revestían relevancia jurídico penal, siendo que este supuesto, tal como se indicó *supra*, constituye un aspecto de fondo que puede ser revisado por el Juez de Control en la audiencia preliminar.

En este orden de ideas, se reitera que el Juez de Décimo Noveno de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas no podía hacer otra cosa que examinar el referido contrato en la audiencia preliminar, para precisar si los hechos realizados por los imputados podía subsumirse en la descripción típica del delito de apropiación indebida calificada, o en algún otro delito.

Esta actividad revisora desplegada por el Juez de Control, fue lo que le permitió a éste arribar a la conclusión de que **los hechos que motorizaron el ejercicio de la acción penal no podían subsumirse en ninguna figura punible de nuestra legislación penal, sino que, por el contrario, de lo que se trataba era de un mero incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato, es decir, de un conflicto extra penal cuya solución debía ventilarse en los juzgados mercantiles**, como en efecto la parte querellante había hecho, ya que fue, justamente, la vía jurisdiccional mercantil la que primero transitó, en octubre de 2002, cuando solicitó el cumplimiento del contrato de servicios profesionales ante el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, tal como lo estableció esta Sala en sentencia n° 2.935/2004, de 13 de diciembre.

Lo anterior no es otra cosa que la aplicación directa, por parte de esta Sala Constitucional, del principio de intervención mínima del Derecho penal y, concretamente, del principio de subsidiariedad, en virtud del cual el Derecho penal ha de ser la *ultima ratio*, es decir, el último recurso que se debe emplear a falta de otros mecanismos menos lesivos, como son los establecidos en el Derecho civil, en el Derecho mercantil y en el Derecho administrativo.

Debe afirmarse que el principio de intervención mínima se desprende del modelo de Estado social consagrado en el artículo 2 del Texto Constitucional, siendo uno de sus rasgos fundamentales la exigencia de **necesidad social de la intervención pe-**

nal. Así, el Derecho penal deja de ser necesario para resguardar a la sociedad cuando esto último puede alcanzarse mediante otras vías, las cuales tendrán preferencia en la medida en que sean menos lesivas para los derechos individuales. En resumidas cuentas: en un Estado social al servicio de sus ciudadanos, la intervención penal estará legitimada siempre y cuando sea absolutamente necesaria para la protección de aquéllos, y esto se da cuando los mecanismos extra penales no son suficientes para garantizar dicha protección.

El contenido de este principio ha sido desarrollado por MIR PUIG en los siguientes términos:

"Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una ***última ratio***. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada *Política social*. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad" (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición. Editorial *Reppertor*. Barcelona, 1996, p. 90).

Por tanto, esta Sala Constitucional estima que, contrariamente a lo decidido en el fallo objeto de la presente revisión, la actuación del Juez de Décimo Noveno de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas estuvo ajustada a derecho, cuando llevó a cabo una valoración sobre cuestiones de fondo para poder establecer si los hechos que se pretendían imputar revestían o no naturaleza penal y, por consiguiente, para pronunciarse sobre la admisibilidad de la acusación, tal como se lo disponen los numerales 2 y 3 del artículo 330 del Código Orgánico Procesal Penal, ya que, tal como se indicó con anterioridad, estaba habilitado para ello, y así se declara.

3.3.- Principio de exclusiva protección de Bienes Jurídicos.

3.3.1.-Principio de Lesividad. *(Exclusiva protección de Bienes Jurídicos)*

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
N° 915, Fecha: 20/05/2005

Entonces, entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de **la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos**. ***Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta -a saber, sin retribución-, el quebrantamiento del orden jurídico. Pero para que el Estado social no degenere en autoritario, sino que se mantenga como democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que dicha prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de*** **todos los ciudadanos** *(MIR PUIG, Santiago. El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Editorial Ariel Derecho. Barcelona, 1994, p. 44).*

Con base en los anteriores planteamientos, se puede afirmar que el fin de la pena –y por ende la función del Derecho Penal- en un modelo de Estado como el que está delineado en el artículo 2 constitucional, tendrá que ser la prevención limitada, tomando en cuenta para ello los fundamentos filosóficos que en aquél convergen.

Sobre este punto, MIR PUIG enseña:

“En cuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida- de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención

penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal.

...Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una ***prevención limitada*** *que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores." (MIR PUIG. Ob. Cit., p. 65)*

Como corolario de lo antes expuesto, cabe afirmar, partiendo del modelo de Estado venezolano, que la pena –y por ende el Derecho Penal- tiene por función la prevención de delitos, a los fines de evitar que los ***bienes jurídicos*** *de los ciudadanos se vean lesionados. Claro está, dicha prevención debe estar limitada por los principios antes señalados.*

Cabe destacar que las distintas facetas de la prevención se materializan en tres etapas fundamentales, a saber, la prevención general ve cabalmente desplegados sus efectos al momento de la conminación penal; mientras que en la oportunidad de la imposición de la pena por parte del Juez, se hace efectivo tanto el contenido de la prevención general como el de la prevención especial. Por último, en la ejecución penal la sanción atenderá esencialmente a una finalidad preventivo-especial*.*

Entonces, teniendo en cuenta cuál es la finalidad de las penas en el modelo de Estado venezolano, y los tres momentos en que dicha finalidad se concreta, forzoso es señalar que la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, establecida como sanción accesoria tanto a la pena de presidio como a la de prisión, regulada en los artículos 13.3 y 16.2 del Código Penal, respectivamente, persigue, en principio, un objeto preventivo-especial, que está fundado, en un régimen constitucional como el venezolano, no en el grado de posibilidad o probabilidad de reincidencia de la persona que ha cumplido una pena privativa de libertad por la comisión de un determinado delito, sino en el interés general que tiene la ciudadanía en lograr, con la intervención del Estado, la efectiva reinserción a la vida en sociedad de la persona que estuvo apartada de ella por causa de su transgresión del ordenamiento jurídico

3.3.2.-El principio *cogitationis poenam nemo patitur.*

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 359, Fecha: 17/07/2002

El artículo 80, en su primer aparte, del Código Penal define la tentativa en los siguientes términos: “Hay tentativa cuando, con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad”. Esta interpretación contextual destaca tres exigencias importantes: a) un elemento objetivo, el comienzo de ejecución, b) un aspecto subjetivo, el dolo o intención delictiva, dado por la expresión “con el objeto de cometer un delito” y c) el empleo de medios apropiados. Es decir, la tentativa es comienzo de ejecución de un delito determinado en el que el dolo es el mismo de la consumación y los medios empleados deben ser los apropiados o adecuados para la lograr consumar ese delito, vale decir, la idoneidad en el sentido de aptitud para lesionar el bien jurídico protegido, en este caso la libertad sexual. El agente o autor, tal como lo afirma Günther Jakobs, debe estar decidido al hecho, a la ejecución de la acción con sus consecuencias pretendidas. Por esa razón sustancial, **bien podemos decir que los deseos, los pensamientos** (**cogitationis poenam nemo patitur**), **los requerimientos o los actos preparatorios se mueven a extramuros del derecho penal y, por consiguiente, no son punibles.** En estos casos el agente sólo penetra en lo que no se compromete porque **falta la decisión “puesta en práctica”,** entendida como el poner de manifiesto un dolo en el ámbito de la prohibición típica. De modo que en la tentativa el tipo objetivo no se cumple totalmente porque en este *iter criminis* no se llega a la consumación.

Se observa, en primer término, que la tentativa constituye una figura amplificadora del tipo que se concreta cuando el sujeto activo comienza a ejecutar la conducta proporcionada a un delito determinado, con medios apropiados para la consumación. Esta es la orientación que nos indica la norma del artículo 80, primer aparte, del Código Penal. No se trata de que la tentativa sea una parcela del delito tipo, sino una propia objetividad generada por actos idóneos proporcionados a una finalidad delictiva.

Ahora bien, lo que importa en esta exposición es entender que los actos de ejecución están referidos a un determinado delito y, por consecuencia, la tentativa, además de los actos iniciales de ejecución, precisa de la intención directa de cometer ese delito determinado.

Sin embargo, la decisión de cometer un delito determinado lleva, en lo esencial, actos exteriores que dependen de las exigencias típicas de ese delito. Son actos externos que pueden ser objeto de castigo por lo jurídicamente relevante; pero también se producen otros actos externos, como los actos preparatorios que son equívocos y por ello, como regla general, no pueden ser castigados, al igual que los pensamientos. De manera que es difícil en muchos actos externos justificar la potestad punitiva del Estado y el argumento está en que no es suficiente la mera manifestación del designio criminal para decir y entender que se ha penetrado en el ámbito de la prohibición típica. No es posible, entonces, castigar el ánimo. Algo más, existen actos externos que, excediendo la mera manifestación de cometer un delito, no son punibles, no pueden ser castigados, porque no tienen el comienzo de actividad ejecutiva. Estos son los actos preparatorios como actos atípicos, no obstante la existencia de actos de esta naturaleza que son atrapados por una ampliación de la tipicidad, pero dejan de ser tentativa para convertirse en tipos penales independientes, como es el caso, por ejemplo, del delito de conspiración que supone una resolución concertada entre varias personas para destruir la forma política republicana que se ha dado la Nación (artículo 132 del Código Penal).

Mucho antes en la doctrina, el jurista argentino Sebastián Soler expuso que “el concepto de tentativa es un concepto relativo, condicionado por la figura del hecho final, de manera que ciertos actos, que con respecto a determinada infracción son consumativos, pueden, a su vez, constituir tentativa de otro y, por el contrario, puede un hecho estar previsto como infracción menor con relación a otro y, sin embargo, no constituir tentativa del hecho más grave (un abuso deshonesto puede ser tentativa de violación; pero puede no ser más que abuso deshonesto); puede un mismo hecho constituir tentativa con respecto a cierto delito, pero no serlo cuando el sujeto se proponía ejecutar otro (escalar una tapia puede constituir tentativa de hurto; pero no tentativa de homicidio)…”

Cabe destacar en estas consideraciones, aparte del instante en que comienza la ejecución, que los actos externos deben tener relación directa e inequívoca con el delito, pues sólo se puede intentar alcanzar lo que se quiere alcanzar, como se ha expresado en el pensamiento penal.

3.4.- Principio de culpabilidad

3.4.1.- El principio de culpabilidad y principio de dolo o culpa

Corte Suprema de Justicia
Sala Plena
Sentencia de Fecha: 14/10/1997

Igualmente, autores sostienen que este principio va de la mano con el libre desarrollo de la personalidad*, que consiste en:*

"Artículo 52°- A las personas que se encuentren en jurisdicción del Estado y puedan ser consideradas como vagos y maleantes, se le aplicará previo el cumplimiento de las tramitaciones legales, las sanciones establecidas en la Ley Nacional que preveé (sic) este tipo de infracciones".

De la lectura de dicha norma, se extrae que la misma permite la imposición de sanciones a personas que se consideren como "vagos" o "maleantes". Sobre este particular, debe precisar esta Sala, en primer lugar, que la ley nacional que contempla tales sanciones y a la cual hace referencia el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara, es decir, la ley cuyo contenido es desarrollado por dicho artículo, es la Ley sobre Vagos y Maleantes, reformada por última vez el 18 de julio de 1956, y cuya inconstitucionalidad total fue declarada por la extinta Corte Suprema de Justicia en pleno, en sentencia del 14 de octubre de 1997.

En segundo lugar, dicho artículo condiciona la aplicación de las referidas sanciones (nulas actualmente), a la cualidad de "vago" o "maleante" que tenga el sujeto pasivo de aquéllas. Sobre este particular, esta Sala advierte que tales connotaciones son propias del denominado "Derecho Penal del autor", en virtud del cual se castigan a las personas por su forma de ser o por su personalidad, y no por los hechos que realizan, modelo este que se contrapone al moderno "Derecho penal del hecho".

Ahora bien, al posibilitar el legislador estadal la aplicación de la normativa de la Ley sobre Vagos y Maleantes mediante la norma contenida en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara (siendo que aquélla establece sanciones privativas de libertad), claramente ha reflejado esta reprochable -y anacrónica- tendencia del "Derecho Penal del autor" en el texto de una norma sancionadora de naturaleza administrativa, todo lo cual resulta abiertamente contrario al ***PRINCIPIO DE CULPABILIDAD*** *(nullum crimen sine culpa), que es aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, y el cual exige que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que su conducta pueda considerarse como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal. En el caso sub lite, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el* ***PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO****, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas para los intereses que se pretende proteger.*

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge en su texto sin duda alguna el ***PRINCIPIO DE CULPABILIDAD****, pero no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social. El sustrato de dicho principio también puede deducirse del contenido de artículo 21 en sus numerales 1 y 2, del artículo 44.3, del artículo 46 en sus numerales 1 y 2, y del artículo 49.2 del Texto Constitucional. De igual forma, cabe señalar que el principio de culpabilidad se encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional.*

Resulta entonces obvio que el contenido de todos estos valores, principios y derechos constitucionales antes mencionados se ve afectado por la norma aquí examinada, toda vez que ésta dispone que el carácter de "vago" o de "maleante" constituirá un presupuesto para las sanciones correspondientes (a saber, las previstas en la Ley sobre Vagos y Maleantes).

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
N° 489, Fecha: 12/03/2003

"Así las cosas, es falsa la afirmación de la apoderada judicial del actor porque existe independencia entre el juzgamiento que debe efectuar el juez civil respecto del que debe efectuar el juez penal, ya que en el primer caso lo que debe apreciarse es si existe o no responsabilidad (culpa in vigilando) del dueño o de quien tiene bajo su cuidado al animal por los daños causados, mientras que en el segundo caso lo que debe examinarse es si existe o no ***culpabilidad (dolo o culpa)*** *y responsabilidad en quien es señalado como autor de la transgresión del bien jurídico tutelado (vida, integridad física o moral, propiedad, etc.), siendo dicha independencia la que rompe con el alegato de tratamiento desigual y de arbitrariedad de la decisión, y que hace improcedente, conforme al criterio establecido por esta Sala en su decisión n° 898/2002, del 13 de mayo, caso: Universidad Central de Venezuela, la denuncia de infracción de los principios a la trasparencia y a la igualdad de las partes en el proceso, y a obtener una decisión fundada en derecho, contenidos en los artículos 21, 26 y 257 de la Constitución. Así se declara."*

Como puede apreciarse, en el preciado fallo esta Sala asoció los términos dolo y culpa a la noción de culpabilidad (lo cual no le resta la cardinal importancia que tienen esos elementos subjetivos en los ámbitos de la tipicidad y de la antijuridicidad).

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
N° 490, 12/04/2012

Como se sabe, el principio de culpabilidad, concretamente, el principio de dolo o culpa (manifestación de aquel), excluye la responsabilidad objetiva, de allí que el fundamento de la responsabilidad penal repose en la responsabilidad subjetiva por haber desplegado la conducta objetiva descrita en el tipo legal, ya sea de forma dolosa o culposa*.*

Esa responsabilidad subjetiva se fundamenta en el dolo típico, principal elemento subjetivo, y en la imprudencia

típica, elemento generalmente excepcional, que informa la dimensión objetiva del obrar objetivo descrito en algunos tipos particulares (vid. artículo 61 del Código Penal).

El dolo describe un proceso intelectual sustentado en el reconocimiento o deber de reconocimiento de las consecuencias de las acciones u omisiones. En general, el dolo implica, desde cierta perspectiva, conocer y querer ("consciencia" y "voluntad") o simplemente conocer (dependiendo de la posición doctrinal que se asuma al respecto) las circunstancias descritas en la parte objetiva del tipo, en cambio la culpa o imprudencia, por el contrario, se traduce en infringir el deber de cuidado que debe informar la conducta, con la consiguiente la causación, producción o no evitación del resultado típico (lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado), producto de aquella infracción de la norma de prudencia.

En razón de ello, al menos hasta que el legislador no establezca ninguna regulación particular, los comportamientos dolosos penalmente responsables y punibles implicarán la pena respectiva asociada a ese comportamiento doloso en el marco de la norma penal completa, en cambio las acciones u omisiones culposas tipificadas como delito serán asociadas a la pena vinculada a ese tipo culposo, en caso de ser punible la conducta, sin ser legitimo extraer una pena derivada de cualquier pretendida fusión de penas correspondientes a un delito doloso*, por una parte y, por otra, a un delito culposo, para crear una tercera pena pues, en ese caso, el juez que lo haga estaría violando el principio de legalidad, concretamente, la garantía penal del mismo (nullum pena sine* ***lege****) [Art. 49.9 Constitucional], el principio de irretroactividad de la ley penal (en caso de pretender aplicarla al caso que se juzga) [Art. 24 Constitucional] y el principio de reserva legal en materia penal (156.32 eiusdem), al arrogarse funciones inherentes al legislador.*

3.4.2.- Principio del Acto.

Corte Suprema de Justicia
Sala Plena
14/10/1997

Al efecto, en la Exposición de Motivos se expresa que:

"el objeto fundamental de la Ley trata de plantear y de resolver el problema de la peligrosidad reglamentando los aspectos de la misma sin delito e inspirándose en el doble criterio de evitar, por una parte, que las autoridades de policía incurran en juzgamientos precipitados y arbitrarios, y por la otra, de crear medidas de seguridad que provoquen la readaptación social de los catalogados peligrosos, de su propio beneficio y en protección de la sociedad".

Si bien es cierto que, según dicha motivación se busca reglamentar la peligrosidad sin delito, la verdad que surge de la comparación entre la Ley sobre Vagos y Maleantes y la realidad jurídica es que, de las veinticuatro categorías contempladas en dicho cuerpo legal, dieciséis constituyen hechos punibles, faltas o delitos.

Lo anteriormente transcrito expresa la finalidad de la ley. Es decir, la corrección de "los vagos y maleantes", y la defensa de la sociedad. Dicha finalidad, en mayor o menor medida, coincide con la de las leyes penales. Sin embargo, mientras que estas últimas regulan hechos concretos, consumados (hechos punibles), atribuyéndoles determinadas penas, la "Ley sobre Vagos y Maleantes" viene a regular la conducta de los sujetos, lo cual es de carácter subjetivo. Se trata de un conjunto normativo de tipo preventivo, a diferencia de las leyes penales, las cuales, a pesar de la tendencia hacia la humanización del Derecho Penal, son predominantemente represivas.

A causa de lo anotado, tanto el artículo 2º como el artículo 3º de la ley, lo que hacen, no es tipificar conductas como punibles sino atribuir la situación de "peligrosidad" al sujeto que incurra en tales conductas, lo cual, ciertamente, es distinto. En otras palabras, ***"se castiga al hombre por lo que es y no por lo que hace".***

5- En fin, el principio de culpabilidad, cuando, con motivo de ejecutar determinado hecho jurídicamente indiferente, se deriva un resultado por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos, órdenes o resoluciones de la autoridad *(J.R. Mendoza Troconis, "Curso de Derecho Penal" Venezolano, Tomo I, 1945, Pg. 144), no encuentra*

su base en la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes por encontrarse seriamente cuestionado dicho principio, ya que en razón de la indeterminación de las categorías, no es prácticamente posible deducir quién es culpable jurídicamente.

6- La Ley sobre Vagos y Maleantes está supuestamente dirigida a castigar, no al acto punible sino a la persona. No a su conducta sino a lo que es, de manera que esta característica de la Ley autoriza la persecución de personas, sin consideración a que se cometan o no acciones prohibidas. Se violan así el derecho a la libertad y a la seguridad personales consagradas en los artículos 60, ordinales 2º y 1º de la Constitución de la República.

***7- En tal sentido, debe concluirse, según criterio de esta Corte, que las situaciones, antes aludidas, son repugnantes a la Constitución, pues las mismas comportan privación de libertad respecto a un sujeto, sobre la base de supuestos que no están tipificados como delitos o faltas**. Sin embargo, la restricción o privación de libertad "como consecuencia de sanción penal" no parece caber en el campo de la inconstitucionalidad, toda vez que la sanción penal deriva de una sentencia condenatoria, o -por extensión- de un decreto de detención dictados en el marco legal del proceso penal. En definitiva, se trata de violación de la libertad, como consecuencia de sanción penal. Para este Alto Tribunal son especialmente graves tales medidas, pues su límite máximo es de cinco (5) años según establece el artículo 5º de la ley comentada e impugnada.*

Ha querido el constituyente nacional garantizar que la privación de un derecho tan sagrado, como la libertad personal, se tipifique únicamente dentro de proceso judicial, y nunca con motivo de procedimientos de carácter administrativo, como lo son los contemplados en la "Ley sobre Vagos y Maleantes", en orden a la aplicación de las medidas de seguridad en ella previstas. Así se declara.

DECISIÓN

En fuerza de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en nombre de la República y por autoridad de la Ley declara la inconstitucionalidad total de la Ley sobre Vagos y Maleantes, publicada en Gaceta Oficial Nº 25.129, del 16 de agosto de 1956.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 119 y 120 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se ordena publicar de inmediato el presente fallo en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, con precisión en el sumario de la siguiente mención:

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
N° 359, 17/06/2002

El agente o autor, tal como lo afirma Günther Jakobs, debe estar decidido al hecho, a la ejecución de la acción con sus consecuencias pretendidas. Por esa razón sustancial, bien podemos decir que los deseos, los pensamientos (cogitationis poenam nemo patitur), los requerimientos o los actos preparatorios se mueven a extramuros del derecho penal y, por consiguiente, no son punibles. En estos casos el agente sólo penetra en lo que no se compromete porque falta la decisión "puesta en práctica", entendida como el poner de manifiesto un dolo en el ámbito de la prohibición típica. De modo que en la tentativa el tipo objetivo no se cumple totalmente porque en este iter criminis no se llega a la consumación.

Sin embargo, la decisión de cometer un delito determinado lleva, en lo esencial, actos exteriores que dependen de las exigencias típicas de ese delito. Son actos externos que pueden ser objeto de castigo por lo jurídicamente relevante; pero también se producen otros actos externos, como los actos preparatorios que son equívocos y por ello, como regla general, no pueden ser castigados, al igual que los pensamientos. De manera que es difícil en muchos actos externos justificar la potestad punitiva del Estado y el argumento está en que no es suficiente la mera manifestación del designio criminal para decir y entender que se ha penetrado en el ámbito de la prohibición típica. No es posible, entonces, castigar el ánimo. *Algo más, existen actos externos que, excediendo la mera manifestación de cometer un delito, no son punibles, no pueden ser castigados, porque no tienen el comienzo de actividad ejecutiva. Estos son los actos preparatorios como actos atípicos, no obstante la existencia de actos de esta naturaleza que son atrapados por una ampliación de la tipicidad, pero dejan*

de ser tentativa para convertirse en tipos penales independientes, como es el caso, por ejemplo, del delito de conspiración que supone una resolución concertada entre varias personas para destruir la forma política republicana que se ha dado la Nación (artículo 132 del Código Penal).

Cabe destacar en estas consideraciones, aparte del instante en que comienza la ejecución, que los actos externos deben tener relación directa e inequívoca con el delito, pues sólo se puede intentar alcanzar lo que se quiere alcanzar, como se ha expresado en el pensamiento penal.

3.4.3.- El principio de culpabilidad y principio de responsabilidad por el hecho

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
N° 1744, 09/08/2007

Ahora bien, al posibilitar el legislador estadal la aplicación de la normativa de la Ley sobre Vagos y Maleantes mediante la norma contenida en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara (siendo que aquélla establece sanciones privativas de libertad), claramente ha reflejado esta reprochable -y anacrónica- tendencia del "Derecho Penal del autor" en el texto de una norma sancionadora de naturaleza administrativa, todo lo cual resulta abiertamente contrario al **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** (*nullum crimen sine culpa*), que es aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, y el cual exige que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que su conducta pueda considerarse como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal. En el caso *sub lite*, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el **PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO**, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas para los intereses que se pretende proteger. En efecto, el Tribunal Constitucional español en STC 150/1991, de 4 de julio, señaló que *"…no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos…".*

En este mismo sentido, FERRAJOLI, al analizar el principio de culpabilidad, enseña que:

"… es oportuno precisar, aunque sea sumariamente, el significado jurídico del concepto de *culpabilidad*, tal como ha sido elaborado por la moderna dogmática penal. Sin adentrarnos en la discusión de las innumerables opiniones y construcciones sobre la materia, me parece que esta noción –que corresponde a la alemana de *Schuld* y a la anglosajona de *mens rea*- puede descomponerse en tres elementos, que constituyen otras tantas condiciones subjetivas de responsabilidad en el modelo penal garantista: a) **la *personalidad* o *suidad* de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la *relación de causalidad* que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito**; b) la *imputabilidad* o *capacidad penal*, que designa una condición psico-física del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y querer; c) la *intencionalidad* o *culpabilidad en sentido estricto*, que designa la consciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de *dolo* o de *culpa*, según la intención vaya referida a la acción o resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible…" (resaltado del presente fallo) (*Cfr*. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial *Trotta*. Tercera edición. Madrid, 1998, p. 490).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge en su texto sin duda alguna el **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**, pero no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social. El sustrato de dicho principio también puede deducirse del contenido de artículo 21 en sus numerales 1 y 2, del artículo 44.3, del artículo 46 en sus numerales 1 y 2, y del artículo 49.2 del Texto Constitucional. De igual forma, cabe señalar que el principio de culpabilidad se encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
N° 1744, 09/08/2007

"En segundo lugar, dicho artículo condiciona la aplicación de las referidas sanciones (nulas actualmente), a la cualidad de "vago" o "maleante" que tenga el sujeto pasivo de aquéllas. Sobre este particular, esta Sala advierte que tales connotaciones son propias del denominado "Derecho Penal del autor", en virtud del cual se castigan a las personas por su forma de ser o por su personalidad, y no por los hechos que realizan, modelo este que se contrapone al moderno ***"Derecho penal del hecho"***

Ahora bien, al posibilitar el legislador estadal la aplicación de la normativa de la Ley sobre Vagos y Maleantes mediante la norma contenida en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara (siendo que aquélla establece sanciones privativas de libertad), claramente ha reflejado esta reprochable -y anacrónica- tendencia del "Derecho Penal del autor" en el texto de una norma sancionadora de naturaleza administrativa, todo lo cual resulta abiertamente contrario al ***PRINCIPIO DE CULPABILIDAD*** *(nullum crimen sine culpa), que es aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, y el cual exige que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que su conducta pueda considerarse como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal. En el caso sub lite, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el* ***PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO****, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas para los intereses que se pretende proteger. En efecto, el Tribunal Constitucional español en STC 150/1991, de 4 de julio, señaló que "…no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos…".*

3.5.- Principios Relativos a la Pena

3.5.1.- Naturaleza de la Pena

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
11/05/2005

La pena es la sanción penal que se aplica a una persona cuando procesalmente se ha demostrado que realizó una conducta típica, antijurídica y culpable. Consiste en la privación o restricción de ciertos derechos del transgresor, libertad o bienes, por ejemplo; debe estar establecida en la ley –principio de legalidad de la pena- y ser impuesta dentro de los límites fijados por la misma.

La regla general es la que la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad, al daño causado, a la gravedad del acto y a las circunstancias del hecho y del autor.

Su esencia íntima es la retribución, aflicción o coacción, y su fin es el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, a través de la retribución; la prevención general que se obtendrá mediante la intimidación o la amenaza legal, y la prevención especial que se lograría a través de la advertencia, resocialización o innocuización del delincuente.

En el nuevo sistema procesal penal, la ejecución de las penas tiene una doble naturaleza: jurisdiccional y administrativa, pues se procura concretar mayores garantías al sentenciado, quien puede impugnar por vía judicial las decisiones que tengan que ver con la ejecución de su sentencia, pero quedando bajo la custodia del Ejecutivo Nacional todo lo relativo al cumplimiento de la misma -en caso de sentencias condenatorias con penas corporales-.

Este cambio de concepción -anteriormente prevalecía el carácter administrativo- obedece a la finalidad de unificar el régimen de ejecución de sentencias penales, a través de la creación de un órgano judicial –Juzgado de Ejecución- al cual le corresponde la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme -artículo 479 del Código Orgánico Procesal Penal-.

Sin duda que, una de las funciones más relevantes del Juez de Ejecución Penal, es el control del respeto a los derechos del condenado, quien nadie duda tiene derechos: los fundamentales, inherentes a toda persona humana, reconocidos en Convenios y Pactos Internacionales, consagrados en la Constitución a favor de todas las personas y que no se pierden por efectos de la condena penal; así como los específicos, que se derivan de la sentencia condenatoria, en cuanto a la particular relación que se establece entre el sancionado y el Estado que lo condenó.

La figura del Juez de Ejecución penal está vinculada a la protección de los derechos humanos, en los cuales se basa igualmente el derecho de ejecución penal. Su intervención es una consecuencia del principio de la humanización de la pena –uno de los postulados de la moderna política criminal que pone especial énfasis en la protección de los derechos del condenado-.

Ahora bien, el condenado no está fuera del derecho, se halla en una relación de derecho público con el Estado, en la cual continuará siendo titular de todos los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean afectados por el contenido del fallo condenatorio.

De allí, que sus derechos continuarán siendo “uti cives”, es decir, los inherentes al status de persona –excepto los expresa o necesariamente vedados por la ley o por la sentencia-. En esa categoría se incluyen, el derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad humana, al honor, a la intimidad, a la libertad de conciencia y religión, salud, trabajo, etc. Y los derechos específicamente penitenciarios, es decir, aquellos propios de su condición de penado, tales como: a) que su vida se desarrolle en condiciones mínimas, lo que incluye instalaciones adecuadas e higiénicas y una dieta alimenticia suficiente y balanceada; b) tener asistencia a su salud física y mental, asistencia jurídica, educativa y religiosa, y c) a la progresividad, esto es, a solicitar los avances de libertad anticipada o fórmulas alternativas de cumplimiento de pena.

En sintonía con los postulados de la referida moderna política criminal, la Constitución de 1999 en su artículo 272, consagró la garantía de un sistema penitenciario que le ase-

gure al penado su rehabilitación y el respeto a sus derechos humanos, y *"(...) Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estadales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias".*

A la par, *"(...) las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico".*

Como se aprecia, el señalado artículo 272 constitucional consagra derechos específicamente penitenciarios, que se corresponden con las obligaciones del Estado vinculados al régimen penitenciario y a las estrategias del llamado *"tratamiento resocializador"*. Igualmente, establece el carácter predominante de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena a las medidas de naturaleza reclusoria. En razón de lo cual, dichos derechos no tienen el carácter de derechos fundamentales, ya que están condicionados en su ejercicio por la *"relación especial de sujeción"* que resulta del internamiento en un establecimiento penitenciario.

En tal sentido, la referida garantía constitucional lo que contiene es un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria. De dicho mandato sí se derivan determinados derechos; sin embargo, tales derechos no tienen el carácter de derechos subjetivos para el condenado, por el contrario, son derechos de configuración legal. Lo que el señalado artículo 272 dispone es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, mas no que éstas sean la única finalidad legítima de ésta.

3.5.2.- Intrascendencia de las Penas

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
N° 834 18/07/2009

En cuanto al principio de intrascendencia de las penas debe precisarse que el mismo dispone que la pena no se transfiere, no comprende a terceros; de esta manera las penas son personales e intransferibles*; excluyendo así la responsabilidad penal por acciones u omisiones de otros y hechos cometidos sin los presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal…*

3.5.3.- Humanidad de las Penas

Corte Suprema de Justicia
Sala Plena
Sentencia de Fecha: 14/10/1997

Al quedar constitucionalizados los derechos humanos, conforme a la disposición contenida en el artículo 50 de la Constitución de la República, la Ley sobre Vagos y Maleantes vulnera "ipso jure", Convenciones Internacionales y Tratados, sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional.

En ese sentido, el carácter infamante de la Ley se pone de manifiesto, no sólo en su denominación, sino también en el contenido de varios artículos de su texto, como el artículo 11, que crea establecimientos carcelarios para la reforma moral de los vagos y maleantes.

Tal disposición es contraria al artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, redactada así:

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) se ha incorporado a nuestro Derecho Interno como norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la

cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad. Ello entraña la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales. La Corte estima que el procedimiento aplicable, conforme a lo previsto en la Ley sobre Vagos y Maleantes, referente a los sujetos de la misma, es característico y propio de una acción penal y omite las garantías establecidas por las normas internacionales para un juicio justo, incluyendo el derecho a la defensa y la presunción de inocencia. Así lo establecen los artículos 9 y 14 del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A mayor abundamiento se reproducen dichos dispositivos:

<u>Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos</u>
"Artículo 9. 1.- Todo individuo tiene derecho a la libertad y la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2.- Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3.- Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4.- Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal".

"Artículo 14.1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u

obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en un sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2.- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Omissis

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

7.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

<u>Convención Americana Sobre Derechos Humanos:</u>

"Artículo 7.- Derecho a la Libertad Personal

1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4.- Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin

perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio".

De otra parte, la definición de vago y maleante es tan imprecisa que plantea serias dudas sobre el hecho según el cual, sus disposiciones sean compatibles con el principio de igualdad ante la ley, conforme a lo previsto en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al siguiente tenor:

"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la Ley".

Existen los informes de instituciones defensoras de los Derechos Humanos. Dichos documentos censuran abiertamente la Ley venezolana sobre Vagos y Maleantes. Son muchas las recomendaciones orientadas a poner fin a su vigencia.

Conviene observar que se ha exhortado al Gobierno venezolano a adoptar e implementar una serie de recomendaciones, a los efectos de reducir las violaciones a los derechos humanos, derivadas de la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes. Sobre todo se ha hablado de la necesidad de impulsar la discusión del Ley de Protección a la Seguridad Ciudadana, que supuestamente se encontraba en ese proceso.

3.5.4.-El principio de proporcionalidad de las penas[1]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 812, Fecha: 11/05/ 2005

La regla general es la que la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad, al daño causado, a la gravedad del acto y a las circunstancias del hecho y del autor.

Su esencia íntima es la retribución, aflicción o coacción, y su fin es el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, a través de la retribución; la prevención general que se obtendrá mediante la intimidación o la amenaza legal, y la prevención especial que se lograría a través de la advertencia, resocialización o innocuización del delincuente.

1. SSCP-TSJ 171 del 9 de abril de 2002
SSCP-TSJ 70 del 26 de febrero de 2003

En el nuevo sistema procesal penal, la ejecución de las penas tiene una doble naturaleza: jurisdiccional y administrativa, pues se procura concretar mayores garantías al sentenciado, quien puede impugnar por vía judicial las decisiones que tengan que ver con la ejecución de su sentencia, pero quedando bajo la custodia del Ejecutivo Nacional todo lo relativo al cumplimiento de la misma -en caso de sentencias condenatorias con penas corporales-.

Este cambio de concepción -anteriormente prevalecía el carácter administrativo- obedece a la finalidad de unificar el régimen de ejecución de sentencias penales, a través de la creación de un órgano judicial –Juzgado de Ejecución- al cual le corresponde la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme -artículo 479 del Código Orgánico Procesal Penal-.

Sin duda que, una de las funciones más relevantes del Juez de Ejecución Penal, es el control del respeto a los derechos del condenado, quien nadie duda tiene derechos: los fundamentales, inherentes a toda persona humana, reconocidos en Convenios y Pactos Internacionales, consagrados en la Constitución a favor de todas las personas y que no se pierden por efectos de la condena penal; así como los específicos, que se derivan de la sentencia condenatoria, en cuanto a la particular relación que se establece entre el sancionado y el Estado que lo condenó.

La figura del Juez de Ejecución penal está vinculada a la protección de los derechos humanos, en los cuales se basa igualmente el derecho de ejecución penal. Su intervención es una consecuencia del principio de la humanización de la pena –uno de los postulados de la moderna política criminal que pone especial énfasis en la protección de los derechos del condenado-.

Ahora bien, el condenado no está fuera del derecho, se halla en una relación de derecho público con el Estado, en la cual continuará siendo titular de todos los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean afectados por el contenido del fallo condenatorio.

De allí, que sus derechos continuarán siendo "**uti cives**", es decir, los inherentes al status de persona –excepto los expresa

o necesariamente vedados por la ley o por la sentencia-. En esa categoría se incluyen, el derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad humana, al honor, a la intimidad, a la libertad de conciencia y religión, salud, trabajo, etc. Y los derechos específicamente penitenciarios, es decir, aquellos propios de su condición de penado, tales como: a) que su vida se desarrolle en condiciones mínimas, lo que incluye instalaciones adecuadas e higiénicas y una dieta alimenticia suficiente y balanceada; b) tener asistencia a su salud física y mental, asistencia jurídica, educativa y religiosa, y c) a la progresividad, esto es, a solicitar los avances de libertad anticipada o fórmulas alternativas de cumplimiento de pena.

En sintonía con los postulados de la referida moderna política criminal, la Constitución de 1999 en su artículo 272, consagró la garantía de un sistema penitenciario que le asegure al penado su rehabilitación y el respeto a sus derechos humanos, y *"(...) Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estadales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias".*

A la par, *"(...) las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico".*

Como se aprecia, el señalado artículo 272 constitucional consagra derechos específicamente penitenciarios, que se corresponden con las obligaciones del Estado vinculados al régimen penitenciario y a las estrategias del llamado *"tratamiento resocializador"*. Igualmente, establece el carácter predominante de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena a las medidas de naturaleza reclusoria. En razón de lo cual, dichos derechos no tienen el carácter de derechos fundamentales, ya que

están condicionados en su ejercicio por la *"relación especial de sujeción"* que resulta del internamiento en un establecimiento penitenciario.

En tal sentido, la referida garantía constitucional lo que contiene es un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria. De dicho mandato sí se derivan determinados derechos; sin embargo, tales derechos no tienen el carácter de derechos subjetivos para el condenado, por el contrario, son derechos de configuración legal. Lo que el señalado artículo 272 dispone es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, mas no que éstas sean la única finalidad legítima de ésta.

Por otra parte, respecto del derecho contenido en el artículo 75 de la Constitución –también invocado para fundamentar la desaplicación de la norma- acota la Sala que el mismo, como expresión de uno de los derechos sociales y de las familias, responde a la obligación del Estado de proteger a la familia, en tanto que la misma constituye la célula fundamental de la sociedad. Por ende, para nada colide con dicho derecho, la norma legal desaplicada, ya que el hecho de que el condenado a pena de confinamiento deba residir en un Municipio que diste no menos de cien kilómetros tanto de aquel donde se cometió el delito como de aquellos donde estuvieren domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia, no hace imposible su rehabilitación y reinserción social.

Por último, quiere acotar la Sala, que la norma jurídica -desaplicada parcialmente- impone obligaciones al condenado, por lo cual la inobservancia de la misma le acarrea, a su vez, sanciones y responsabilidades. En efecto, el incumplimiento por el penado del artículo 20 del Código Penal, no sólo conlleva que éste se convierta en reo del delito de quebrantamiento de condena, sino que además pierde la posibilidad del otorgamiento de cualquier beneficio penitenciario.

En consecuencia, juzga la Sala no ajustado a derecho, el fundamento esgrimido por el Juez Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial

del Estado Mérida, para desaplicar parcialmente el artículo 20 del Código Penal, respecto a la obligación del condenado a la pena de confinamiento *"de residir, durante el tiempo que dure la condena, en el Municipio que indique la sentencia firme que la aplique, no pudiendo designarse al efecto ninguno que diste menos de cien kilómetros tanto de aquel donde se cometió el delito como de aquellos que estuvieren domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia"*, con base en su evidente contradicción con los artículos 75 y 272 constitucionales.

Es por ello, que esta Sala Constitucional debe anular la decisión dictada el 7 de octubre de 2004, en lo que se refiere a la desaplicación parcial del artículo 20 del Código Penal, relativo a la obligación del condenado a la pena de confinamiento *"de residir, durante el tiempo que dure la condena, en el Municipio que indique la sentencia firme que la aplique, no pudiendo designarse al efecto ninguno que diste menos de cien kilómetros tanto de aquel donde se cometió el delito como de aquellos que estuvieren domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia"*. En consecuencia, se ordena al referido Juzgado de Ejecución designe para el cumplimiento de la pena de confinamiento impuesta al ciudadano José Damián Escalante Escalante, un Municipio o localidad que cumpla con las exigencias del señalado artículo 20, y así se declara.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 803, Fecha: 07/04/2006

El artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

"El estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación; funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se

regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estadales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso, las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la ceración de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico”.

El artículo 272 de la Constitución que se citó da preferencia a la aplicación de las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad; sin embargo, es obvio que no excluyó la coexistencia de las sanciones reclusorias. La referida norma establece la existencia de dicho régimen para el cumplimiento de penas corporales privativas de libertad, con la exigencia o garantía de que, mediante al ejecución del mismo, se asegure la rehabilitación del penado y el respeto a los derechos humanos de este último.

Una de las fases en el cumplimiento de la pena es de carácter retributivo. Retribución, en sentido penal, significa *“finalidad de la pena, que trata de corresponder con el mal señalado en la ley al causado por el delincuente”* (Manuel Osorio: Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Heliasta, 1999, p. 881). Si se admite que la pena está acompañada del carácter que se describe en este aparte, se debe concluir, entonces, que la retribución debe guardar proporción entre el daño o mal que deriva de la conducta delictiva y el que aflige legalmente al autor de tal conducta. Dicha proporcionalidad es la que dio origen a la limitación excepcional de la posibilidad de acceso a los beneficios postprocesales.

Hay que tener en cuenta que, además con excepción del derecho a la vida, los derechos no son absolutos, lo que quiere decir que pueden surgir limitaciones que respondan a razones legítimas, como lo sería, en este caso, el interés social que puede sentir justo temor de que una persona reincida en la conducta delictiva. Esta limitación está en perfecta adecuación con el artículo 131 de la Constitución, de acuerdo con el cual toda

persona tiene el deber de cumplir y acatar la Constitución y la Ley. Resulta lógico, en consecuencia, que, ante la gravedad de la conducta delictiva, el legislador tuviera una duda razonable en cuanto a la disposición al acatamiento al ordenamiento jurídico por parte de tales personas, lo cual derivó en la limitación que se examina, que responde a un legítimo interés de salvaguarda del interés social.

Así, las restricciones que establece el legislador para la optación por las fórmulas alternativas de cumplimiento de las penas, no van en contra del principio de progresividad de los derechos humanos, sino que intentan el establecimiento de restricciones a objeto de que se mantenga un **equilibrio entre los derechos individuales y los derechos colectivos**.

Si bien es cierto que las penas no privativas de libertad se deben tener como preferentes por mandato constitucional, no es menos cierto que el Texto Constitucional no negó la posibilidad de la coexistencia del régimen penitenciario para el cumplimiento de las penas corporales privativas de libertad, que asegure la rehabilitación del penado como fin último, para que en definitiva alcance su reinserción a la sociedad. Además, la pena corporal privativa de libertad tiene entre sus objetivos crear en el colectivo un efecto preventivo y ejemplarizante.

En razón de todas las consideraciones que se expusieron, esta Sala difiere del análisis que efectuó el Juzgado Segundo de Primera Instancia en función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas y por ello anula la decisión que dictó, el 25 de octubre de 2005, dicho Juzgado Segundo de Ejecución, en la que desaplicó el cardinal 4 del artículo 14 de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal y acordó la suspensión condicional de la pena al ciudadano Eduardo José Mora Padrón; en consecuencia ordena, al referido Juzgado de Ejecución, que continúe con la aplicación de la pena correspondiente hasta su conclusión, sin perjuicio de que, una vez que cumpla los términos correspondientes pueda optar por cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena que le sean aplicables conforme con la Ley de Beneficios en el Proceso Penal y el Código Orgánico Procesal Penal. Asimismo, anula la decisión de la Sala n° 8 de la Corte de Apelación del mismo Circuito Judicial Penal del 11 de enero de 2006. Así se decide.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 185, Fecha: 10/05/2005

La Sala Penal, por todas esas razones, pasa a considerar si en este caso deberá haber una reducción de la pena impuesta, ya que ahora (desde que fue modificado el Código Orgánico Procesal Penal) **sí es posible aplicar el principio de la proporcionalidad en algunos juicios atinentes al narcotráfico y hacer distingos entre quienes operan con una gran cantidad de drogas y quienes lo hacen con una ínfima cantidad.** Es paladino que el desvalor del acto es muy diferente en ambos supuestos, así como también el desvalor del resultado y a tenor del daño social causado. Y con la nueva disposición del Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 493, ya la conducta delictuosa del que actúa con unos pocos gramos de droga no quedará prácticamente impune y se hará efectiva la función preventiva del Derecho Penal porque la pena, si se redujere, será de inexorable cumplimiento parcial, defenderá el orden social y protegerá a la sociedad.

Esa consideración ha de comenzar por lo siguiente:

La Justicia es "la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo" ("Justicia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi").

Dar a cada quien lo suyo o lo que le corresponde, quiere decir, según su mérito o demérito.

En la Justicia es una condición indefectible la equidad o ánimo de sentar la igualdad. Hay que pesar todas las circunstancias y por eso se simboliza la Justicia con una balanza. Ésta implica –en términos de Justicia– ponderar los pesos de los diversos factores de la realidad fáctica y mantener un equilibrio valorativo sólo posible con la proporcionalidad.

La idea o medida de proporcionalidad debe mediar entre las acciones humanas y sus consecuencias jurídicas. Éstas consisten en el castigo que debe tener todo autor de un crimen.

La impunidad es injusticia, pues no da al criminal el castigo que le corresponde. La impunidad es de los injustos más graves

que puede haber, no sólo por el hecho en sí de quedar sin el merecido castigo aquel que lesionó el derecho de una persona y de la colectividad, sino por evidenciar falta de voluntad para ejecutar la ley de quienes han sido honrados con la trascendental misión de hacer Justicia y preservar los derechos más esenciales de los coasociados.

Uno de los efectos perniciosos de la impunidad, abstracción hecha del mal en sí que representa en lo ético, filosófico y jurídico, es el de su formidable efecto desmoralizador en la sociedad.

El universo jurídico tiene la posibilidad lógica de ser desobedecido, con lo cual se desnaturaliza el Derecho y se frustra el bien común, para lo que hubo la ordenación a un fin último y más importante: el “telos”. Contra el desconocimiento del “telos” (fin último o bien común) o violación del orden jurídico, ha de ponerse en práctica la coacción. El poder coactivo lo ejerce el Estado a través del Poder Judicial.

Ahora bien: la probabilidad lógica de que las normas sean ejecutadas por la coacción o no lo sean, se denomina coactibilidad o coercibilidad. Esta posibilidad se frustra (y se desnaturaliza así el Derecho) si se violenta o desconoce el “telos”, es decir, si se desconoce el fin último. La coercibilidad es básica ya que, como se dijo antes, toda norma jurídica tiene la posibilidad lógica de ser violada y, en consecuencia, debe ponerse en práctica la coacción. Pero si ésta no se realiza, se pervierte el orden jurídico ideal y se causa el injusto.

La “ratio-iuris” de las normas es mantener el orden público, facilitar la seguridad jurídica y aplicar con uniformidad el Derecho.

La necesaria consecuencia ética o moral de la impunidad es la negación de la Justicia o la imposición de la injusticia. La consecuencia jurídica de la impunidad es depravar todas las estructuras jurídicas. Y la consecuencia criminológica de la impunidad es el incremento de la violencia y los delitos, ya que uno de los principales factores de que no haya agresión al Derecho es el temor al castigo.

En conclusión: ante la violación de las leyes hay la imperiosa necesidad de una reacción estatal. Lo contrario es la impunidad.

Si no hay la debida sanción legal, se pierde autoridad, se pierde soberanía y se pierde el estado de Derecho mismo.

Empero, aquella definición latina de ULPIANO sobre la Justicia, tiene una conexión lógica y ética con esta otra, también latina: "Summum jus, summa injuria", esto es, "Exceso de justicia, exceso de injusticia" (CICERÓN).

En efecto, la rígida y estricta Justicia requiere ser impartida con el ánimo más ecuánime pues de lo contrario será difícil discernir lo que merecen las acciones ajenas o de los justiciables. Y pueden cometerse iniquidades si, olvidando esa ponderación, se aplica la ley con exceso de rigurosidad.

Por ello la Constitución hace primar la Justicia sobre toda otra consideración y en su artículo 257 manda:

"El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales".

En ese mismo sentido, aseveró Montesquieu que "La libertad es favorecida por la naturaleza de las penas y su proporción (...) Las penas han de ser de la naturaleza de la cosa (...)" ("Del Espíritu de las Leyes", Tomo I, págs. 252 y 255, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1942).

La Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, como se puntualizó antes, es, hoy, propicia para ejercer obra de equidad: es odioso que un delincuente o traficante de drogas, que opere con una exigua cantidad, sea castigado con la misma pena de otro que trafique con enormes cantidades. Pero esa justiciera consideración no debía ser hecha en vigencia del anterior o reformado Código Orgánico Procesal Penal, porque tal equivaldría a que los traficantes de drogas (porque eso es exactamente lo que son aunque lleven una cantidad muy pequeña en comparación a los grandes capos del narcotráfico) se beneficiaran del modo más injusto con la impunidad que propició el ya reformado Código Orgánico Procesal Penal y no tuvieran un castigo acorde a la suma gravedad de sus crímenes de lesa humanidad, tal como son considerados por la Constitución ve-

nezolana, la jurisprudencia (sentencia Nº 1.712 del 12/9/01) de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y los ordenamientos jurídicos del mundo civilizado.

En este caso la cantidad de cocaína es de veintitrés gramos y cuatro gramos con cien miligramos de marihuana. Esta cantidad es insignificante en comparación a la manejada por otros traficantes de drogas. Muchos de éstos, incluso, por tan sólo haber "admitido" unos hechos que en algunos casos estaban patentizados del modo más público y notorio, obtuvieron una substancial disminución de la pena. Criterio éste que iba muy bien durante la vigencia del reformado código adjetivo; pero que ahora, a la luz de los cambios habidos, debe modificarse, a veces, a juicio de esta Sala. No hacerlo así podría implicar un desvío del sendero de la Justicia, cuyo más puro espíritu supone que se ha de imbuir la equidad en la administración de la ley penal.

En suma: hay que tomar en consideración que habría un mínimum de peligrosidad social –siempre en relación con la muy alta nocividad social de tal delito– si una actuación criminosa con drogas fuera sin un ánimo elevado de lucro o, por lo menos, sin una posibilidad real de lograr un elevado beneficio económico: esto puede inferirse de una cantidad muy baja de droga y que, por lo tanto, representaría un ataque no tan fuerte al muy alto y trascendente bien jurídico protegido. La fuerza del ataque a dicho bien debe influir en el criterio de peligrosidad, pues de eso dependería en principio el peligro social implícito en la conducta delictuosa.

Por consiguiente, opina esta Sala que debe disminuirse la pena al ciudadano imputado PEDRO ARCÁNGEL VELAZCO PRATO.

La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en vista de la extrema gravedad de los delitos de narcotráfico y del mandato constitucional que hay en nuestro país al respecto, estima ineludible advertir lo siguiente: el principio de proporcionalidad aplicado en esta sentencia, debe ser, en criterio de esta Sala, eventualmente empleado de la manera más restrictiva respecto a la casuística y nunca en conexión con cantidades de cocaína que superen los cien gramos. Hacerlo funcionar con cantidades que excedan los cien gramos sería, a juicio de esta Sala Penal,

un craso error inexcusable en Derecho y una temeridad judicial que pondría en peligro el orden individual, familiar y social.

La Sala Penal, procediendo de acuerdo con el análisis expuesto en páginas anteriores y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, anula la penalidad impuesta por los tribunales de instancia y procede a imponer otra.

3.6.- Principio de Legalidad

3.6.1.- Alcance

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
N° 1794, Fecha: 09/08/2007

Como punto de partida, debe afirmarse que el PRINCIPIO DE LEGALIDAD ***funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho. A mayor abundamiento, tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.***

En este punto, ROXIN enseña lo siguiente:

La formulación básica de este principio se traduce en que todo el régimen de los delitos y las penas, debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el aforismo nullum crimen, nulla poena sine lege. Esta primera exigencia del principio de legalidad, referida al rango de las normas tipificadoras –y que por ende constituye una garantía formal-, se cristaliza en la noción de reserva legal.

En tal sentido, la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias

que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal (sentencia n° 2338/2001, del 21 de noviembre). Una de esas trascendentales materias es la sancionatoria, y concretamente, la materia penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de delitos; es decir, sólo la Asamblea Nacional tiene la competencia para escoger entre todos los comportamientos humanos, cuáles son los más lesivos a los bienes jurídicos más importantes y describirlos en una norma jurídico-penal, para así establecer cuál debe ser el correlativo castigo.

Partiendo de lo anterior, se aprecia que de esta primera garantía se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (nullum crimen sine lege); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (nulla poena sine lege); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA y en el artículo 1 del CÓDIGO PENAL.

Una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores garantías deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (lex praevia), con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (lex scripta), de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa

un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (lex stricta o lex certa), cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.

Con base en lo anterior, podemos resaltar como características fundamentales de dicha institución, en primer lugar, que constituye una EXIGENCIA DE SEGURIDAD JURÍDICA, en el sentido que se tome la existencia y conocimiento previo de los delitos y de las penas, como presupuesto para la imposición de un determinado castigo; y en segundo lugar, que constituye una GARANTÍA POLÍTICA, que se traduce en que el ciudadano no pueda ser sometido por el Estado a cumplir penas cuyo establecimiento no haya sido aceptado por el pueblo.

3.6.2.- El principio de legalidad y el Estado de Derecho

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1203, Fecha: 23/07/2008

Debe afirmarse que el principio de legalidad penal funge como base fundamental para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho, en el sentido de que el primero constituye la concreción de varios aspectos del segundo en el ámbito del Derecho Penal, estando dicho principio estrechamente vinculado con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad (sentencia n° 1.744/2007, del 9 de agosto). Concretamente, el Estado de Derecho exige el sometimiento del *ius puniendi* al Derecho, lo cual da lugar al principio de legalidad y al conjunto de límites y garantías que de él se desprenden.

Ahora bien, el Estado de Derecho se cristaliza en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al estar consagrado como uno de los pilares axiológicos del actual modelo de Estado venezolano. Dicha norma dispone lo siguiente:

“Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de **Derecho** y de Justicia, que propugna como valores

superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".

Sobre la vinculación entre el Estado de Derecho y el principio de legalidad penal, el Tribunal Constitucional español ha afirmado lo siguiente:

"...El principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas y exige la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza qué conductas se hallan prohibidas y qué responsabilidad y, en su caso, qué sanción comporta su realización..." (STC 156/1996, de 14 de octubre).

De todo lo anterior se colige que la vulneración del principio de legalidad penal por un órgano jurisdiccional -y por cualquier otro órgano del Poder Público Nacional-, constituye también una afectación al propio Estado de Derecho y a la seguridad jurídica, los cuales son principios medulares que inspiran a todo el ordenamiento jurídico nacional. Siendo así, la mentada vulneración constitucional representaría a todas luces una clara incitación al caos social, y por tanto, estaría larvada de ilegitimidad cualquier intervención penal que de ella se pretenda derivar.

3.6.3.- Garantías del Principio de Legalidad[2]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1744, Fecha: 09/08/2007

Partiendo de lo anterior, se aprecia que de esta primera garantía se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una **GARANTÍA CRIMINAL**, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); de una **GARANTÍA**

2 (STC 156/1996, de 14 de octubre).

PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (*nulla poena sine lege*); de una **GARANTÍA JURISDICCIONAL**, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una **GARANTÍA DE EJECUCIÓN**, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA y en el artículo 1 del CÓDIGO PENAL. Por otra parte, la garantía jurisdiccional está consagrada, fundamentalmente, en el artículo 49, en sus numerales 3 y 4, y en los artículos 253 y 257 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 1 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL; mientras que la garantía de ejecución se encuentra desarrollada por el Libro Quinto de la mencionada ley adjetiva penal, así como también en la normativa contenida en la LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO.

Por su parte, a nivel supranacional el principio de legalidad también tiene una acentuada vigencia, pudiendo ubicarse su fuente en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en los artículos 9, 22 y 23 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Con base en lo anterior, podemos resaltar como características fundamentales de dicha institución, en primer lugar, que constituye una EXIGENCIA DE SEGURIDAD JURÍDICA, en el sentido que se tome la existencia y conocimiento previo de los delitos y de las penas, como presupuesto para la imposición de un determinado castigo; y en segundo lugar, que constituye una **GARANTÍA POLÍTICA**, que se traduce en que el ciudadano no pueda ser sometido por el Estado a cumplir penas cuyo establecimiento no haya sido aceptado por el pueblo.

Sobre estas características del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional español ha establecido lo siguiente:

"...El principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas y exige la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza qué conductas se hallan prohibidas y qué responsabilidad y, en su caso, qué sanción comporta su realización. El efectivo reconocimiento del principio de legalidad penal obliga en ocasiones a dilucidar si se ha traspasado la tantas veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido..."

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº: 1.744, Fecha: 9/08/2007

Una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores garantías deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lex praevia),* con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (*lex scripta)*, de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (*lex stricta* o *lex certa),* cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.

3.6.3.1.- a) Ley Cierta (La reserva de ley absoluta en materia penal[3]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1744, Fecha: 09/08/2007

La formulación básica de este principio se traduce en que todo el régimen de los delitos y las penas, debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. **Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege.* Esta primera exigencia del principio de legalidad, referida al rango de las normas tipificadoras –y que por ende constituye una garantía formal-, se cristaliza en la noción de reserva legal.**

En tal sentido, la figura de la reserva legal viene dada por la **consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal** (sentencia n° 2338/2001, del 21 de noviembre). Una de esas trascendentales materias es la sancionatoria, y concretamente, la materia penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de delitos; es decir, sólo la Asamblea Nacional tiene la competencia para escoger entre todos los comportamientos humanos, cuáles son los más lesivos a los bienes jurídicos más importantes y describirlos en una norma jurídico-penal, para así establecer cuál debe ser el correlativo castigo.

Este principio esencial del régimen constitucional venezolano, se encuentra contemplado en el artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual restablece lo siguiente:
“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

3. SSC-TSJ 2.338 del 21 de noviembre de 2001
CP-CSJ 14 de octubre de 1997

(…)
32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, **penal**, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional”.

Aun y cuando los orígenes del principio de legalidad los podemos encontrar en la obra de ROUSSEAU, cabe resaltar que fue BECCARIA uno de los primeros pensadores que desarrolló sustancialmente dicho principio con relación a los delitos y las penas, quien sobre el particular señaló de manera lapidaria que *“…**sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”*** (*Cfr*. BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. Con el comentario de Voltaire. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Alianza editorial. Madrid, 1998, p. 34).

3.6.3.1.1.-Principio de legalidad y tipo penal[4]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1744, Fecha: 09/08/2007

Como punto de partida, debe afirmarse que el PRINCIPIO DE LEGALIDAD funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho. A mayor abundamiento, tal principio constituye la concreción

4. SSC-TSJ 1.120 del 10 de julio de 2008

de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.

En este punto, ROXIN enseña lo siguiente:

"…un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del 'Estado Leviatán'. (…) Frente a esto, el principio de legalidad, (…) sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva."… (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial *Civitas.* Madrid, 1997, p. 137).

La formulación básica de este principio se traduce en que todo el régimen de los delitos y las penas, debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege.* Esta primera exigencia del principio de legalidad, referida al rango de las normas tipificadoras –y que por ende constituye una garantía formal-, se cristaliza en la noción de reserva legal.

En tal sentido, la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal (sentencia n° 2338/2001, del 21 de noviembre). Una de esas trascendentales materias es la sancionatoria, y concretamente, la materia penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigen-

cia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de delitos; es decir, sólo la Asamblea Nacional tiene la competencia para escoger entre todos los comportamientos humanos, cuáles son los más lesivos a los bienes jurídicos más importantes y describirlos en una norma jurídico-penal, para así establecer cuál debe ser el correlativo castigo.

Este principio esencial del régimen constitucional venezolano, se encuentra contemplado en el artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual restablece lo siguiente:

"Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(…)
32. <u>La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, **penal**,</u> penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional".

Aun y cuando los orígenes del principio de legalidad los podemos encontrar en la obra de ROUSSEAU, cabe resaltar que fue BECCARIA uno de los primeros pensadores que desarrolló sustancialmente dicho principio con relación a los delitos y las penas, quien sobre el particular señaló de manera lapidaria que *"...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad"* (*Cfr.* BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. Con el comentario de Voltaire. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Alianza editorial. Madrid, 1998, p. 34).

Partiendo de lo anterior, se aprecia que de esta primera garantía se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (*nulla poena sine lege*); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA y en el artículo 1 del CÓDIGO PENAL. Por otra parte, la garantía jurisdiccional está consagrada, fundamentalmente, en el artículo 49, en sus numerales 3 y 4, y en los artículos 253 y 257 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 1 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL; mientras que la garantía de ejecución se encuentra desarrollada por el Libro Quinto de la mencionada ley adjetiva penal, así como también en la normativa contenida en la LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO.

Por su parte, a nivel supranacional el principio de legalidad también tiene una acentuada vigencia, pudiendo ubicarse su fuente en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en los artículos 9, 22 y 23 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores garantías deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lex praevia),* con lo cual queda

proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (*lex scripta)*, de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (*lex stricta* o *lex certa),* cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.

Con base en lo anterior, podemos resaltar como características fundamentales de dicha institución, en primer lugar, que constituye una EXIGENCIA DE SEGURIDAD JURÍDICA, en el sentido que se tome la existencia y conocimiento previo de los delitos y de las penas, como presupuesto para la imposición de un determinado castigo; y en segundo lugar, que constituye una GARANTÍA POLÍTICA, que se traduce en que el ciudadano no pueda ser sometido por el Estado a cumplir penas cuyo establecimiento no haya sido aceptado por el pueblo.

Sobre estas características del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional español ha establecido lo siguiente:

"…El principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas y exige la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza qué conductas se hallan prohibidas y qué responsabilidad y, en su caso, qué sanción comporta su realización. El efectivo reconocimiento del principio de legalidad penal obliga en ocasiones a dilucidar si se ha traspasado la tantas veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido…" (STC 156/1996, de 14 de octubre).

Luego, el contenido del principio de legalidad se concreta en la creación del tipo penal –descripción precisa e inequívoca de la conducta en la norma-, cuyo contenido, dentro del edificio conceptual de la teoría del delito, cobra vida al configurarse la

categoría de la tipicidad –correspondencia o adecuación de la conducta con la descripción del tipo-, materializándose de esta forma la garantía criminal y la garantía penal, ambas derivadas del principio de legalidad. En otras palabras, el legislador nacional es el único llamado a afirmar, desarrollar, completar, reforzar y concretar la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad.

De lo anterior se colige entonces que la legalidad y la tipicidad se encuentran en una línea de parentesco descendente, en el sentido de que el principio de legalidad (*nullum crimen*) implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

Sobre esta vinculación conceptual entre las dos categorías antes señaladas, FERNÁNDEZ CARLIER afirma que *"… la tipicidad es un concepto específico del género que representa el principio de reserva o de legalidad. Uno a otro se relacionan estrechamente, se contienen y hasta se nutren pero no son identificables. La función de la tipicidad es posterior a la legalidad. Ésta necesariamente es anterior a la tipicidad…"* (FERNÁNDEZ CARLIER, Eugenio. *ESTRUCTURA DE LA TIPICIDAD PENAL*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Tercera edición. Bogotá, 1999, p. 81).

Los anteriores planteamientos son susceptibles de ser trasladados al campo del Derecho Administrativo Sancionador, el cual, al igual que el Derecho Penal, constituye una de las manifestaciones del *ius puniendi*, aun y cuando dichas ramas presentan ciertas diferencias (sentencia n° 1.984/2003, del 22 de julio, de esta Sala). A mayor abundamiento, los principios limitadores de la potestad punitiva –si bien tienen vigencia fundamentalmente en el campo del Derecho Penal-, serán cabalmente aplicables en el Derecho Administrativo Sancionador. Dicho traslado conceptual también resulta plausible –pero con menor intensidad- con relación a los principios penales que no estén regulados constitucionalmente. Claro está, los principios penales no pueden ser aplicados mecánicamente en el campo del Derecho Administrativo Sancionador, sino que deben ser adaptados a las particularidades de esta rama jurídica (*Vid.* NIETO, Alejan-

dro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Tercera edición ampliada. Editorial *tecnos*. Madrid, 2002, pp. 168 y 173).

El principio de legalidad, no obstante que tuvo su origen en la esfera del Derecho Penal, se encuentra regulado en la Constitución a los efectos de limitar la potestad punitiva estatal, siendo que también constituye uno de los límites a dicha potestad cuando ésta se materializa a través del Derecho Administrativo Sancionador, pero en este supuesto la aplicación de dicho principio debe ser debidamente matizada, a los efectos de la adaptación del mismo a esta rama del ordenamiento jurídico, dada las peculiaridades que presenta la actividad administrativa (sentencia n° 488/2004, del 30 de marzo, de esta Sala), pero sin que el señalado principio se vea desprovisto de sus garantías o de sus exigencias básicas.

Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional español ha indicado lo siguiente:

"...El principio de legalidad administrativa (...) prohíbe la sanción por infracciones administrativas que no lo fuesen según la legislación vigente en aquél momento y se funda en los principios de libertad (regla general de la licitud de lo no prohibido) y de seguridad jurídica (saber a qué atenerse) y se refleja en una doble garantía: material, que se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y sanciones correspondientes y formal, relativo al rango necesario de las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones..." (STC 101/1988, de 8 de junio).

En el mismo sentido, dicho Tribunal Constitucional también ha señalado que *"Del derecho a la legalidad de la sanción administrativa (...) no sólo se deriva la exigencia de reserva de ley en este ámbito sino también la garantía de orden material que se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa, con suficiente grado de certeza y precisión, de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones..."* (STC 270/1994, de 17 de octubre).

Así, en esta segunda manifestación del *ius puniendi*, la creación de infracciones y sanciones administrativas –por ejemplo, las multas-, también debe realizarse única y exclu-

sivamente a través de una ley, pudiendo ser ésta de naturaleza estadal (como un Código de Policía), a diferencia de lo que ocurre en el campo del Derecho penal, en el que siempre debe ser una ley nacional.

De igual manera, el mandato de tipicidad –el cual obedece a la garantía material del principio de legalidad- también irradia al Derecho Administrativo Sancionador, es decir, en este ámbito también se exige que la norma creadora de las infracciones y sanciones describan de forma específica y precisa las conductas concretas que pueden ser sancionadas, así como también el contenido de las sanciones a imponer por la realización de dichas conductas.

Precisado lo anterior, y respecto a la diversidad tipológica de las normas jurídicas, debe afirmarse que existen varias categorías de normas o reglas, con estructuras, funciones y propósitos distintos. Dentro de ese catálogo, se encuentran las normas sancionadoras que pertenecen al campo del Derecho Penal y al del Derecho Administrativo Sancionador, es decir, aquellas que exigen imponer sanciones (por ejemplo, penas privativas de libertad, penas pecuniarias, etc.) bajo determinadas circunstancias. Esencialmente, son estas normas las que desarrollan, completan, refuerzan y concretan la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad…

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
N° 817, Fecha: 02/05/2006

*"… **del principio de legalidad que, como manifestación específica del debido proceso, establece el artículo 49.6 de la Constitución, deriva el monopolio legislativo para la descripción de los tipos penales; en otros términos, sólo el legislador tiene competencia para la determinación de cuáles conductas humanas han de ser tenidas como punibles, vale decir, para la configuración de la tipicidad".***

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
N° 1794, Fecha: 09/08/2007

Con base en lo anterior, podemos resaltar como características fundamentales de dicha institución, en primer lugar, que ***constituye una exigencia de seguridad jurídica, en el sentido que se tome la existencia y conocimiento previo de los delitos y de las penas, como presupuesto para la imposición de un determinado castigo; y en segundo lugar, que constituye una garantía política, que se traduce en que el ciudadano no pueda ser sometido por el Estado a cumplir penas cuyo establecimiento no haya sido aceptado por el pueblo.***

Luego, el contenido del principio de legalidad se concreta en la creación del tipo penal –descripción precisa e inequívoca de la conducta en la norma-, cuyo contenido, dentro del edificio conceptual de la teoría del delito, cobra vida al configurarse la categoría de la tipicidad –correspondencia o adecuación de la conducta con la descripción del tipo-, materializándose de esta forma la garantía criminal y la garantía penal, ambas derivadas del principio de legalidad. En otras palabras, el legislador nacional es el único llamado a afirmar, desarrollar, completar, reforzar y concretar la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad.

De lo anterior se colige entonces que la legalidad y la tipicidad se encuentran en una línea de parentesco descendente, en el sentido de que el principio de legalidad (nullum crimen) implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

3.6.3.2.- b) Ley Previa (El principio de irretroactividad)[5]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 794, 27/05/2011

5. SSC-TSJ 35 del 25 de enero de 2001; SSCP-TSJ 318 del 11 de julio de 2006; SSCP-TSJ 380 del 30 de julio de 2002; SSC–TSJ 1.655 del 25 de julio de 2005

En tal sentido, a los fines de abordar el análisis de la sucesión de leyes que se verificó respecto del tipo penal de apropiación o distracción en el sector bancario, debe destacarse que la misma, se rige por el contenido del artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece que :

“Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea”.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 9 dispone la aplicación de la ley más benigna, al señalar que: “*nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

Así, no es controvertible sostener como regla general interpretativa **en el caso de sucesión de leyes, que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, ya que con posterioridad a la comisión del delito, la ley disponga la imposición de una pena más leve o de cualquier otro elemento que favorezca al procesado debe prevalecer**.

Por ello, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresa con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna, al establecer que “1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la*

ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Sin embargo, **estas previsiones encuentran su límite en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone**:

“***Nada de lo dispuesto en este articulo, se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional***”.

La disposición normativa parcialmente transcrita, **plantea no sólo la solución general a casos relativos a supuestos en los cuales la ley penal tiene un determinado límite de vigencia (ley temporal) o en casos de leyes que van a regir durante una determinada emergencia (ley excepcional), sino que permite tutelar en forma general el sistema de derechos humanos, al imponer una interpretación que permita la desaplicación de la retroactividad de la norma penal más favorable y, a su vez, la aplicación de la denominada ultractividad de las normas penales en casos *excepcionales***.

Ello resulta particularmente patente, tanto en las leyes excepcionales como en las temporales, en las cuales si bien su vigencia pende de la desaparición de las circunstancias que la motivaron, lo cierto es que en nada influye ésta, sobre la punibilidad del delito cometido, en tanto una interpretación en contrario, en la cual se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad de la ley más benigna, comportaría respecto de estas leyes especiales, despojarlas *a priori* de toda eficacia.

Es por ello, que en la doctrina y en el derecho comparado se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna, no rige respecto de las leyes temporales y excepcionales, ya que:

“La ratio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna se sustenta en la verificación de que es inadmisible imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera delito, o bien una pena que ha devenido desproporcionada en relación con la menor gravedad que la sociedad atribuye ahora a ese hecho.

Ello presupone -sobre esto la doctrina es ticamente unánime- un cambio de valoración social respecto de la reprobación del hecho. (…)

Precisamente por ello es que se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna no rige respecto de las leyes temporales y excepcionales ([principio de ultractividad]; cfr. STRATENWERTH, cit. § 3/13; WELZEL, cit. p. 44; ZAFFARONI, Derecho Penal, cit. p. 469). Como se sabe, las leyes temporales y las excepcionales son aquellas cuya vigencia, de antemano, se encuentra limitada a un determinado período de tiempo que está fijado expresamente en la ley o bien depende de la permanencia de ciertos factores excepcionales. Una vez que el lapso ha transcurrido o las circunstancias han desaparecido estas leyes pierden automáticamente su vigencia. ***El sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal no se beneficia de la derogación de la ley pues ello es consecuencia de que ha desaparecido la situación de necesidad, pero permanece inalterada la reprobación del hecho cometido durante su vigencia. En estos casos, es decir, frente a la excepción al principio de retroactividad de la ley penal más benigna, se hace manifiesto el motivo, la ratio, que lo sustenta: una alteración, un cambio en la valoración social del hecho****.*

(…)

Esto mismo es lo que sucede con las reglas que abrevian los plazos de prescripción, pues éstas sólo expresan la decisión estatal de auto-limitarse, hacia el futuro, aun más en el tiempo en el ejercicio de la persecución penal, pero de ningún modo traducen un cambio en la reprobación social del hecho en cuestión, el cual, de reiterarse, seguiría siendo considerado delito y pasible de la misma sanción"(Cfr. Revista N° 3 del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, en la página web consultada 12 de mayo de 2011, http://www.cmfbsas.org.ar/revista.php?id=10).

Asimismo, la doctrina ha señalado que "*en este caso* [resulta aplicable] *la ultractividad de la ley temporal o excepcional. Sin embargo, con razón apunta ANTOLISEI, que aquí no cabe hablar de ultractividad, ya que no se trata de aplicar la ley a los hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sino de aplicación de la ley para el momento de la comisión del delito, con lo cual no se deroga el principio tempus regis actum*" (ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ. *Derecho Penal Venezolano*. PE, Caracas, 1995, p. 75)

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1162, Fecha: 11/08/2009

En el presente caso, se solicitó la revisión, en primer término, de la decisión dictada el 5 de febrero de 1992 por la Sala de Casación Penal de la entonces Corte Suprema de Justicia, mediante la cual acordó "*un lapso de veinte (20) días*" para que la representación del Ministerio Público formalizara el recurso de casación anunciado por la Fiscal Segunda el 17 de octubre de 1988 contra la decisión dictada el 14 de octubre de 1988 por el Juzgado Superior Segundo en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Lara. Asimismo, se solicitó la revisión de la decisión dictada por la referida Sala de Casación Penal el 8 de junio de 1993, la cual, con ocasión de la reapertura del lapso para formalizar, declaró con lugar el recurso de casación interpuesto por la representación fiscal contra la decisión dictada el 14 de octubre de 1988 por el Juzgado Superior Segundo en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Lara.

De lo anterior se observa, que se está en presencia de decisiones dictadas en materia penal con ocasión de las cuales resultaron afectados derechos fundamentales del solicitante tutelados por el derecho penal y por la Carta Magna, específicamente el derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 60 de la Constitución de 1961, vigente para el momento en que se dictó la decisión objeto de revisión, motivo por el cual esta Sala, de conformidad con su jurisprudencia citada precedentemente, estima que en el caso bajo análisis se configura la excepción del precepto contenido en el artículo 24 constitucional, por lo que la revisión solicitada en los términos expuestos, no viola en modo alguno el principio de irrectroactividad de la ley, ya que su ejercicio en el caso de autos se configura "***dentro de las normas que mejoran una condición o situación jurídica derivada de la actuación de los entes públicos en materia penal***", motivo por el cual la Sala pasa de seguidas a ejercer su potestad revisora respecto de las referidas decisiones dictadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia...

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº: 161, Fecha: 27/02/2008

En toda la problemática de la sucesión de leyes, domina el principio general de la *irretroactividad de la ley*, por el cual ésta no puede aplicarse a los hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor y se complementa con el de la *no ultractividad de la ley*, conforme al cual tampoco puede aplicarse a hechos que ocurran después de su extinción. Ambos principios se resumen en la máxima del *tempus regit actum*: los hechos se regulan por la ley vigente para el momento de su realización.

En toda la problemática de la sucesión de leyes, domina el principio general de la *irretroactividad de la ley*, por el cual ésta no puede aplicarse a los hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor y se complementa con el de la *no ultractividad de la ley*, conforme al cual tampoco puede aplicarse a hechos que ocurran después de su extinción. Ambos principios se resumen en la máxima del *tempus regit actum*: los hechos se regulan por la ley vigente para el momento de su realización.

En nuestro ordenamiento penal, a pesar de que el principio de la irretroactividad de la ley tiene plena vigencia, toda vez que constituye una exigencia del principio de legalidad, el cual no permite que nadie sea juzgado sino por la ley vigente para el momento de la comisión del hecho; sin embargo, tiene sus excepciones, admitiéndose la retroactividad de la ley nueva cuando ésta sea más favorable al reo. De esta forma, el propio texto constitucional en su artículo 24 señala: *"Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena (...)"*. Por su parte, el Código Penal en su artículo 2, reza: *"Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando favorezcan al reo, aunque al publicarse hubiere ya sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo la condena"*.

Con relación al principio de la irretroactividad de la ley y las diversas posibilidades que pueden darse en materia de sucesión de leyes penales, tenemos en concreto que, en el primero de los supuestos señalados, esto es, en el de la ley penal creadora, la

misma es totalmente irretroactiva y, por tanto, no se podrá aplicar a hechos y situaciones acontecidos antes de su entrada en vigencia. Ello así, por el hecho de que la nueva ley penal es más severa, menos favorable para el individuo.

En el segundo de los supuestos, el de la ley penal abolitiva, rige el principio de la retroactividad absoluta. El Estado al dejar de considerar como delito a una conducta, está diciendo que ella no es contraria a sus supremos intereses, y por tanto resulta ilógico que una persona pueda seguir siendo enjuiciada por algo que ahora los demás ciudadanos podrán hacer sin la oposición del Estado. Se da así vigencia a la idea de que el cambio de las valoraciones no sólo opera para el futuro y para los hechos nuevos, sino también para los hechos pasados, que bajo la luz de la nueva valoración se justifican, aun cuando antes se le consideraban reprochables.

En el caso de la ley nueva que modifica -ley modificativa- el tratamiento penal de determinados hechos delictivos considerados igualmente por la ley anterior, debe distinguirse si dicha ley resulta favorable para el reo. Si la nueva ley resulta desfavorable, no puede ser aplicada y es irretroactiva; ha de acudirse a la ley vigente para el momento en que se cometió el hecho. Sí, por el contrario, la nueva ley resulta favorable al reo, tendrá ésta efectos retroactivos.

En razón de lo anterior y dado que la ley más favorable debe ser aplicada -en materia penal- con efecto retroactivo, se impone entonces precisar lo que ha de entenderse por ley penal más favorable.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 3096, Fecha: 05/11/2003

Se presume que los recurrentes ignoran, igualmente, un principio cardinal, en materia constitucional-penal, cual es el de la legalidad de los delitos y de las penas que establece el artículo 49.6 de la Constitución y que desarrolla el artículo 1 del Código Penal; asimismo, instrumentos internacionales que la República ha suscrito y ratificado, tales como la Declaración Universal de

Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 9), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXV) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9). Por lo demás, como las normas penales son, por regla general, de interpretación restrictiva, debe concluirse que las únicas penas que pueden ser aplicadas a los agentes de ilícitos penales sean las que la ley defina y luego impute, expresamente y para cada tipo legal en particular. **En consecuencia, hay una absoluta interdicción a que se puedan crear penas, *extra legem,* como pretenden los recurrentes, para el caso de la condenación al pago de las costas procesales, que recaiga en sujetos procesales distintos al reo. Y, respecto de éste, la supuesta necesidad de interpretación que alegaron los solicitantes resulta tanto más impertinente y fútil, si se tiene en consideración que la ley contiene una norma expresa (artículo 34 del Código Penal) que describe, como pena accesoria, a la condenación al pago de las costas procesales;**

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº: 1760, Fecha: 25/09/2001

No obstante, la Sala, en reciente decisión (exp. n° 00-2548, caso: *Jesús Ramón Quintero*), dejó abierta la posibilidad de revisar sentencias proferidas con anterioridad a la vigencia de este medio. Sin embargo, debe acotarse que tal posibilidad es de aplicación restrictiva, y sólo procederá bajo aquéllas circunstancias en que la propia Constitución permite la retroactividad de una norma jurídica, **esto es, en el supuesto que contempla el artículo 24 constitucional, referido a la aplicación de normas que impongan menor pena (el cual ha sido extendido por la dogmática penal a circunstancias distintas mas no distantes de la reducción de la extensión de una sanción determinada)**. Así, dentro, de las normas que mejoran una condición o situación jurídica derivada de la actuación de los entes públicos en materia penal, esta Sala considera que se encuentra la solicitud de revisión tantas veces aludida. Por lo que la admisión de un medio tal, en los casos referidos a la excepción contenida en el artículo 24 (que imponga menor pena, entendido dicho enunciado en sentido amplio), no viola el principio de irretroactividad de

la ley contenido en dicho precepto. **De allí que la retroactividad de la revisión quede definitivamente asociada a la nulidad de decisiones relacionados con los bienes fundamentales tutelados por el derecho penal, acaecidas con anterioridad a la Constitución de 1999, pero cuya irracionalidad o arbitrariedad, puestos en contraste con las normas constitucionales, exija su corrección, aparte, además, aquellas decisiones que evidencien de su contenido un error ominoso que afecte el orden público, es decir, que la sentencia a revisar contenga una grave inconsistencia en cuanto a la aplicación e interpretación del orden jurídico-constitucional.**

3.6.3.2.1.- Principio de legalidad. Retroactividad en caso ley más benigna. Excepciones.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 794, Fecha: 27/05/2011

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 9 dispone la aplicación de la ley más benigna, al señalar que: "*nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*".

Así, no es controvertible sostener como regla general interpretativa **en el caso de sucesión de leyes, que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, ya que con posterioridad a la comisión del delito, la ley disponga la imposición de una pena más leve o de cualquier otro elemento que favorezca al procesado debe prevalecer**.

Por ello, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresa con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna, al establecer que "1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran*

delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Sin embargo, **estas previsiones encuentran su límite en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone**:

“***Nada de lo dispuesto en este articulo, se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional****”.*

La disposición normativa parcialmente transcrita, **plantea no sólo la solución general a casos relativos a supuestos en los cuales la ley penal tiene un determinado límite de vigencia (ley temporal) o en casos de leyes que van a regir durante una determinada emergencia (ley excepcional), sino que permite tutelar en forma general el sistema de derechos humanos, al imponer una interpretación que permita la desaplicación de la retroactividad de la norma penal más favorable y, a su vez, la aplicación de la denominada ultractividad de las normas penales en casos *excepcionales***.

Ello resulta particularmente patente, tanto en las leyes excepcionales como en las temporales, en las cuales si bien su vigencia pende de la desaparición de las circunstancias que la motivaron, lo cierto es que en nada influye ésta, sobre la punibilidad del delito cometido, en tanto una interpretación en contrario, en la cual se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad de la ley más benigna, comportaría respecto de estas leyes especiales, despojarlas *a priori* de toda eficacia.

(…)

De acuerdo a lo antes expuesto, **es necesario concluir que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece expresamente la excepción al principio de retroactividad en el caso de ley más benigna, ya que se entiende que al momento de la comisión del hecho punible, tales conductas eran reprochables penalmente, pero ello como es claro, no**

puede afirmarse en términos generales a todas las conductas delictuales, ya que se negaría el principio constitucional de aplicación de la ley más favorable al reo.

Sin embargo, **la delimitación del alcance de la mencionada norma cuya interpretación debe ser estricta**, debe plantearse desde un punto de vista histórico, gramatical y sistémico.

Así, debe tenerse en consideración que la justificación de la norma parcialmente transcrita tiene un valor hermenéutico fundamental, que se deriva del contexto histórico en el cual se produjo, como desarrollo o respuesta a los crímenes contra la humanidad que se produjeron en conflictos internacionales, como los verificados en la denominada "*segunda guerra mundial*", con la comisión de actos reprochables penalmente como los de "*genocidio*" y, que además se vinculaban fundamentalmente a una visión preponderante de efectiva garantía de los derechos individuales, que en la actualidad debe adminicularse al carácter de los derechos humanos como interrelacionados, interdependientes, indivisibles y de plena tutela de los derechos fundamentales en general.

Por ello, si bien al momento de su consagración no existía el actual desarrollo respecto de otros derechos fundamentales que trascienden la esfera individual de las personas, es claro que resulta incluida en el contenido del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cualquier violación de los derechos de la comunidad o la sociedad en general, reconocidos en instrumentos internacionales y tutelados por la jurisprudencia de esta Sala sobre la base del contenido de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 85/02).

Existe entonces, una obligación de hacer y, en particular de organizar de tal manera los órganos que ejercen el Poder Público, para que éstos sean capaces en sus respectivos ámbitos de competencia de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y dentro de los cuales se incluye -de conformidad con el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, la necesidad de sancionar efectivamente los hechos contrarios a tales derechos fundamentales.

Consecuencia de lo anterior, **es que de los principios generales del derecho internacional, emana la obligación de perseguir y sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad, de modo que la obligación de sancionar estos delitos que recae sobre los Estados partes de la comunidad internacional, como el Estado Venezolano, está por encima de la prescripción u otras instituciones extintivas de la responsabilidad penal, así conforme a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados partes asumen dos obligaciones: respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio**.

Para dar cumplimiento a esta obligación, **los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos reconocidos por la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, con la consiguiente obligación de reparar los daños producidos a las víctimas de dichas violaciones y que tal obligación tiene preeminencia sobre la prescripción u otras instituciones extintivas de la responsabilidad penal**.

Siendo así, **en el caso en examen y bajo las premisas anteriormente formuladas en el presente fallo, referidas al alcance y contenido de derecho a la libertad económica y a la estabilidad y sustentabilidad del sistema económico como derechos humanos fundamentales, debe necesariamente aplicarse el principio "*tempus regit actum*" a los delitos de índole económico bancario, como el de apropiación o distracción de bienes, con base a las imposiciones que la propia Constitución (artículo 114) establece en la materia, que se materializan y ratifican en relación a la prohibición de impunidad ya señalada en la materia de derechos humanos fundamentales (artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)**.

En consonancia con lo dicho, al margen de los supuestos de leyes excepcionales y temporales, también resulta aplicable al presente caso, el principio de ultractividad ya mencionado, en la medida que el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (Gaceta Oficial N° 5.892, del 31 de julio de 2008) **contempla la norma**

más favorable -y por lo demás vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito penal-, en relación con el tipo penal de apropiación o distracción contenido en el artículo 216 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (Cfr. Gaceta Oficial N° 39.627 del 02 de marzo de 2011, que establece una pena de 10 a 15 años de prisión), **dada la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario** (Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010). En tal sentido, **debe destacarse que la pena por la comisión del referido delito de apropiación o distracción es de ocho a diez años de prisión, desde la referida Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras** (**2008**), **hasta la Ley de Reforma Parcial de La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras** (Gaceta Oficial N° 39.491 del 19 de agosto de **2010**).

Una interpretación en contrario, conduciría a sostener una afirmación que vulneraría el contenido del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto que rompiendo los principios de razonabilidad, coherencia y no arbitrariedad en el ejercicio del Poder Público y, en particular de una competencia propia de esta Sala y de cualquier tribunal de la República (control difuso de la constitucionalidad), se despenalizaría una conducta que como ya se señaló, es antijurídica por sí misma, en el marco del ejercicio de la actividad financiera y resulta contraria no sólo a los intereses generales del Estados, sino que además a su estabilidad económica en los términos antes expuestos.

Lo anterior resulta evidente, si se cuestiona o pregunta si ante el ejercicio de una competencia como el control difuso de la constitucionalidad, es posible concluir que una actividad que resulta antijurídica y menoscaba derechos fundamentales, permitiría una interpretación que la considere como eventualmente lícita e impida el ejercicio de la actividad punitiva del Estado y el resguardo de los valores inmanentes presentes en el ordenamiento jurídico, como se afirmó *supra*, ello constituiría una "legalización" del caos del sistema financiero; una anarquía que imposibilitaría lograr los fines del Estado Social de Derecho y de Justicia, y

que vulneraría, en definitiva la dignidad humana individual y colectiva, al afectarse el nivel de vida de la colectividad en los términos antes señalados, en tanto la impunidad de la misma, generaría una crisis sistémica en el sector.
(…)

De ello resulta pues, que como consecuencia de la desaplicación del artículo 213 *eiusdem*, se entiende aplicable de acuerdo a la fecha de comisión del hecho punible y con fundamento en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la norma que contenga el tipo penal al cual se adecue el hecho jurídicamente reprochable, vigente para el momento de la comisión del delito. Siendo así, en el caso que ocupa a esta Sala, se aplicará la contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicado en la Gaceta Oficial N° 5.892, del 31 de julio de 2008, que señala: *"Apropiación o Distracción de Recursos Artículo 432. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero, los recursos del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años"*; **y en el resto de los supuestos -**actuaciones**-, la aplicable al momento de la comisión del delito, atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal** -por ser la más favorable en base al principio de ultractividad-**; que comporta que la ley vigente al momento de ocurrir el hecho, es la que se aplicará para resolver el caso en concreto**.

3.6.3.3.- c) Ley Estricta (Prohibición de Analogía)

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 956, Fecha: 9/05/2006

Sin perjuicio de los pronunciamientos que anteceden, estima esta Sala que es necesaria la prevención contra la doctrina en la que pretendió fundamentarse el *a quo* constitucional, para la desestimación de la presente demanda de amparo. En efecto,

dicha instancia estimó que la pretensión de tutela era inadmisible, por razón de unas supuestas *"cuestiones previas virtuales"* que serían aplicables, por analogía, en el procedimiento penal, como *"excepciones virtuales"*. **Al respecto, debe reiterarse que, en primer lugar, ni la Ley ni la doctrina dominante admiten, en materia penal, tanto sustantiva como procesal, la analogía, de conformidad con el principio de legalidad que la rige. Por otra parte, tal como se expresó en el fallo nº 3242, de 12 de diciembre de 2002, en relación con las nulidades, también establece ahora que la materia de excepciones es de estricto orden público y no cabe la admisión de ninguna impugnación de esta naturaleza, más allá de las que la Ley, de manera taxativa, admite expresamente, de suerte que las tales *"excepciones virtuales"* que el *a quo* invocó, como medios judiciales preexistentes disponibles por la hoy parte actora, no tienen cabida alguna en el procedimiento penal y, por tanto, no debieron ser esgrimidas para la negación de la admisibilidad de la acción de amparo, de conformidad con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.**

3.6.3.4.- d) Ley Escrita (Prohibición de Costumbre)

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1676, Fecha: 03/08/2007

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA y en el artículo 1 del CÓDIGO PENAL. Por otra parte, la garantía jurisdiccional está consagrada, fundamentalmente, en el artículo 49, en sus numerales 3 y 4, y en los artículos 253 y 257 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 1 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL; mientras que la garantía de ejecución se encuentra desarrollada por el Libro Quinto de la mencionada ley adjetiva penal, así como también en la normativa contenida en la LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO.

Una segunda garantía genérica del principio de legalidad,

ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores exigencias deba ser: *a)* previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lex praevia),* con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; *b)* escrita (*lex scripta),* de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y *c)* que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible **(*lex stricta* o *lex certa),* cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.**

3.6.4.- Principio de Legalidad y Dolo Eventual[6]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº: 490, Fecha: 12/04/2011

Al respecto, esta Sala debe señalar que no sólo quebranta el principio de legalidad considerar como delictivo un comportamiento que no está previsto como punible en la ley, si no también declarar que no esta tipificado como delito una conducta que sí lo está, tal como ocurre en el presente asunto en el que la Sala de Casación Penal señaló que el *homicidio intencional a titulo de dolo eventual* "*no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal*", aun cuando el homicidio doloso, el cual, como ha podido apreciarse, también incluye en su esencia el dolo de consecuencia eventual o dolo eventual, sí está tipificado en el Código Penal (artículo 405 –en su forma básica-), circunstancia que descarta la supuesta aplicación analógica de la Ley penal –en perjuicio del reo- considerada en el fallo *sub examine.*

(…)

El principio de legalidad, en su formulación más general se traduce en la sujeción a la Ley, ante todo de la sujeción del Poder Público al Derecho, razón la que, p. ej., ese Poder no está legitimado para perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho, y, por argumento en contrario, tampoco puede desconocer y no aplicar (a menos que la estime inconstitucional y la desaplique en ejercicio del control

6. SSCP-TSJ 554 del 29 de octubre de 2009

difuso de la constitucionalidad) una norma jurídica que sí está prevista en el ordenamiento jurídico.

Sólo el o los órganos a los cuales el Texto Constitucional le otorga la potestad de crear leyes están legitimados para crear otras que las deroguen y tal atribución no radica en la Sala de Casación Penal ni en ningún otro ente del Poder Judicial, si no, ante todo, en la Asamblea Nacional, tal como se indicó en el criterio plasmado anteriormente.

Así como "*Ningún magistrado (...) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo",* ese funcionario tampoco puede descocer delitos y penas que sí dispone la Ley._

En tal sentido, de lo precedentemente expuesto se desprende que no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 *eiusdem*) reconocer la existencia de una *norma* que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él como es la que contempla el tipo base de homicidio doloso, prevista en el artículo 405 del Código Penal, la cual no sólo abarca el homicidio doloso de primer grado (dolo directo o directo de primer grado), sino también el de segundo (dolo indirecto, dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencia necesaria) y tercer grado (dolo eventual o dolo de consecuencia eventual), y así se establece con carácter vinculante.

Establecido el anterior criterio, esta Sala Constitucional ordena la publicación en la Gaceta Oficial del presente fallo y hacer mención del mismo en el portal de la Página Web de este Supremo Tribunal. Así se declara.

En virtud de los razonamientos de hecho y derecho antes expuestos, esta Sala observa que, en el fallo *sub examine*, la Sala de Casación Penal, al declarar la pretendida ausencia de tipicidad del homicidio a título de dolo eventual, efectuó una indebida aplicación del principio constitucional de legalidad penal previsto en el artículo 49.6 del Texto Fundamental, resultante en la violación de ese principio jurídico fundamental y en un errado control de constitucionalidad.

En razón de ello, en ejercicio de su atribución de revisión constitucional, es imperativo para esta Sala anular la decisión objeto de la presente solicitud, N° 554/2009, del 29 de octubre, dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, junto a las actuaciones subsiguientes, además de reponer la causa al estado en que la referida Sala, constituida accidentalmente, se pronuncie de nuevo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado Django Luis Gamboa Hernández, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 59.732, actuando en su carácter de defensor privado del ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, titular de la cédula de identidad Nº 6.091.619, sin incurrir en los vicios señalados en la presente decisión y con estricto acatamiento de las normas previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los precedentes jurisprudenciales emanados esta Sala. Así se decide.

3.6.5.- Legalidad de las penas

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 3096, 05/11/2003

El régimen de las costas procesales, que, a partir del artículo 274 (ahora, 265), desarrolla el Código Orgánico Procesal Penal, no tiene otra finalidad que no sea la de que quien sea vencido o condenado (acusado, querellante, denunciante, Estado) en el proceso que, por su causa, hubo de instaurarse, contribuya con los gastos que se generaron con ocasión del mismo, de acuerdo con los conceptos del artículo 275 (hoy, 266) *eiusdem* y la liquidación que se practique, según las respectivas reglas del Código de Procedimiento Civil. Tal régimen legal no viene a ser sino un desarrollo del artículo 133 de la Constitución, conforme al cual *“toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley”;* todo ello, sin perjuicio de la aplicación supletoria, en el proceso penal, del beneficio de justicia gratuita que establece el Código de Procedimiento Civil.

Aun cuando el subsistema de justicia penal es, en principio, gratuito, de conformidad con la Constitución y, por desarrollo de la misma, con la Ley de Arancel Judicial, ello no excluye la

posibilidad de que se exija, a quien tenga posibilidad de hacerlo, la prestación de la contribución económica que esté dirigida, no a la satisfacción de un propósito de lucro, sino sólo al resarcimiento, aun parcial, de los gastos procesales que a aquél sean imputables. De allí que si la persona resultare absuelta se le exonerará de las costas, por la única razón de que no puede exigírsele el resarcimiento de unos gastos cuya generación fue por una causa que en absoluto sea atribuible a dicha persona. Por otra parte, resulta un contrasentido el alegato de los recurrentes de que las costas se impongan como una pena accesoria dentro de una decisión absolutoria, siendo que es obvio que en ésta no se impone pena principal alguna; entonces, ¿de cuál sanción penal sería accesoria la condenación en costas?

5.4. Se presume que los recurrentes ignoran, igualmente, un principio cardinal, en materia constitucional-penal, cual es el de la legalidad de los delitos y de las penas que establece el artículo 49.6 de la Constitución y que desarrolla el artículo 1 del Código Penal; asimismo, instrumentos internacionales que la República ha suscrito y ratificado, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 9), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXV) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9). Por lo demás, como las normas penales son, por regla general, de interpretación restrictiva, debe concluirse que las únicas penas que pueden ser aplicadas a los agentes de ilícitos penales sean las que la ley defina y luego impute, expresamente y para cada tipo legal en particular. En consecuencia, hay una absoluta interdicción a que se puedan crear penas, *extra legem,* como pretenden los recurrentes, para el caso de la condenación al pago de las costas procesales, que recaiga en sujetos procesales distintos al reo. Y, respecto de éste, la supuesta necesidad de interpretación que alegaron los solicitantes resulta tanto más impertinente y fútil, si se tiene en consideración que la ley contiene una norma expresa (artículo 34 del Código Penal) que describe, como pena accesoria, a la condenación al pago de las costas procesales;

3.6.6.- El principio de legalidad y los delitos de lesa humanidad[7]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº: 2143, Fecha: 1/12/2006

En atención al criterio jurisprudencial expuesto y visto que la decisión de la Sala de Casación Penal se ajustó al criterio sostenido por esta Sala Constitucional, en lo concerniente a la **tipificación del delito de legitimación de capitales como un delito de lesa humanidad**, empleando así dicha doctrina como fundamento para mantener vigentes las órdenes de aprehensión en contra de los solicitantes, este órgano jurisdiccional considera improcedente la revisión planteada.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1114, Fecha: 25/05/2006

Debe señalarse que el bien jurídico tutelado a través de las figuras punibles establecidas en la derogada **Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y en la vigente Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, es la salud pública, la cual constituye un valor comunitario esencial para la convivencia humana,** y cuyo referente constitucional se cristaliza en el contenido del artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al señalar dicha norma que *"La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida"*.

En este orden de ideas, la regulación de tales conductas por la ley penal, tiene su fundamento en la necesidad de amparar al señalado bien jurídico del peligro –y la ulterior lesión- que implica el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Así, la noción de salud pública hace referencia, según la disposición constitucional antes transcrita, al concepto de vida, siendo ambas objeto de tutela por parte del Derecho penal.

7. SSCP-TSJ 359 del 28 de marzo de 2000

Así, los delitos contemplados en la legislación antidrogas, según algunas corrientes doctrinales, son susceptibles de ser incluidos en el catálogo de los denominados delitos de peligro (*vid.* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y otros. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tercera edición revisada y ampliada. Editorial *tirant lo blanch.* Valencia, 1999, p. 666), en virtud del riesgo generalizado que implican para las personas, lo cual ha conllevado que otros sectores autorizados de la doctrina también los hayan catalogado como delitos de consumación anticipada.

De lo anterior se extrae la razón por la cual el Constituyente, en el artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consideró político-criminalmente apropiado otorgarles el carácter de imprescriptibles a las figuras punibles referidas al tráfico de drogas, así como también someter a confiscación los bienes provenientes de las actividades conexas con aquél.

A mayor abundamiento, y reiterando el criterio expuesto por esta Sala en sentencia n° 537/2005, del 15 de abril, debe señalarse que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece de manera genérica en sus artículos 29 y 271, cuáles figuras punibles son de acción penal imprescriptible. De igual forma, del texto de estas disposiciones se desprende que el Constituyente sólo perfiló algunas de las conductas delictivas respecto de las cuales, por ser susceptibles de ser encuadradas en los conceptos de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad, no se extingue, por razón del transcurso del tiempo, la acción para procurar el enjuiciamiento de los responsables por su comisión, así como la sanción penal a dichos partícipes; tal como ocurre en los supuestos de los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas -así como las conductas vinculadas a éste-, toda vez que tales especies delictivas, al ocasionar un profundo riesgo –y un perjuicio- a la salud pública, y por ende a la colectividad, son susceptibles de ser consideradas como delitos contra la humanidad.

Sobre este particular, la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 359/2000, del 28 de marzo, con relación a los delitos contra la humanidad, estableció lo siguiente:

"…El Estado debe dar protección a la colectividad de un daño social máximo a un bien jurídico tan capital como la salud emo-

cional y física de la población, así como a la preservación de un Estado en condiciones de garantizar el progreso, el orden y la paz pública: se requiere imprescindiblemente una interpretación literal, teleológica y progresiva, que desentrañe la 'ratio iuris', pueda proteger los inmensos valores tutelados por las normas incriminatorias y esté a tono con el trato de delito de lesa humanidad que reserva la novísima Constitución para las actuaciones relacionadas con las substancias prohibidas por estupefacientes y psicotrópicas.(omissis)

En verdad, sí son delitos de lesa humanidad y por tanto de leso Derecho, ya que causan un gravísimo daño a la salud física y moral del pueblo, aparte de poner en peligro y afectar en realidad la seguridad social (por la violenta conducta que causa la ingestión o consumo de las substancias prohibidas) y hasta la seguridad del Estado mismo, ya que las inmensas sumas de dinero provenientes de esa industria criminal hacen detentar a ésta un poder tan espurio cuan poderoso que puede infiltrar las instituciones y producir un 'narcoestado': poco importa que sólo sea un Estado 'puente, o se crea o se finja creer que lo es, porque aun en ese caso se ha establecido que de allí se pasa siempre a estadios más lesivos: Estado 'consumidor', 'productor' y 'comercializador'.(omissis)

(...) Y no es únicamente Venezuela donde se persiguen tales delitos: la gran mayoría de los Estados actúan igual y lo prueba el que sean suscriptores de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988), que en 1991 pasó a nuestra legislación a través de la Ley Aprobatoria de la Convención de Viena...(omissis)

(...) nadie podrá poner en tela de juicio el derecho de punición que compete al Estado respecto a los delitos del denominado narcotráfico y se comprenderá que éstos son los que violan de modo tan grave como sistemático los derechos humanos del pueblo venezolano y de la humanidad en general, por lo que justicieramente son tenidos por nuestra Constitución como delitos ...de lesa humanidad...(omissis)

La Constitución de la República de 1961, en su artículo 76, establecía la protección a la salud pública como de las garantías

fundamentales y por ello todos estaban obligados a someterse a las medidas legales de orden sanitario. Y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en el marco de los Derechos Sociales y de las Familias, en el artículo 83, amplía con creces este tan legítimo derecho social, que incluso forma parte del derecho a la vida. Proteger tales derechos es obligación primordial e ineludible del Estado, que lo debe garantizar sobre la base de leyes nacionales, principiando por la Constitución misma, y por convenios internacionales suscritos y ratificados por la República...”.

El anterior criterio fue reflejado por esta la Sala Constitucional en sentencia n° 1.712, del 12 de septiembre de 2001 (y reiterado en sentencias 1.485/2002, del 28 de junio; 1.654/2005, del 13 de julio; 2.507/2005, del 5 de agosto; 3.421/2005, del 9 de noviembre; 147/2006, del 1 de febrero, entre otras), señalándose al respecto lo siguiente:

“...Los delitos de lesa humanidad, las violaciones punibles de los derechos humanos y los delitos por crímenes de guerra, quedan excluidos de beneficios como lo serían las medidas cautelares sustitutivas, en caso que el juez considerare que procede la privación de la libertad del imputado.

Al comparar el artículo 271 constitucional con el transcrito 29, donde el primero se refiere a acciones penales imprescriptibles y que, al igual que la última norma mencionada, reconoce como imprescriptible a los delitos contra los derechos humanos, **la Sala debe concluir que el delito de tráfico de estupefacientes, cuya acción también es imprescriptible, debe considerarse por su connotación y por el especial trato que le otorga el artículo 271 constitucional, como un delito de lesa humanidad, y así se declara.**

Los delitos de lesa humanidad, se equiparan a los llamados crimen majestatis, infracciones penales máximas, constituidas por crímenes contra la patria o el Estado y que, al referirse a la humanidad, se reputan que perjudican al género humano, motivo por el cual el tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes ha sido objeto de diversas convenciones internacionales, entre otras, la Convención Internacional del Opio, suscrita en La Haya en 1912, ratifi-

cada por la República el 23 de junio de 1912; la Convención Única sobre Estupefacientes, suscrita en las Naciones Unidas, Nueva York, el 30 de marzo de 1961; y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988). En el Preámbulo de esta última Convención las partes expresaron: Profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad....

Por otra parte, en el Preámbulo de la Convención de Viena de 1961, las partes señalaron, sobre el mal de la narcodependencia:...Considerando que para ser eficaces las medidas contra el uso indebido de estupefacientes se hace necesaria una acción concertada y universal, estimando que esa acción universal exige una cooperación internacional orientada por principios idénticos y objetivos comunes....

En consecuencia, los delitos relativos al tráfico de estupefacientes los considera la Sala de lesa humanidad.

A título de ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no suscrito por Venezuela, en su artículo 7 se enumeran los crímenes de lesa humanidad; y en el literal K de dicha norma, se tipificaron las conductas que a juicio de esta Sala engloban el tráfico ilícito de estupefacientes".

Siendo así, es claramente indudable que los delitos vinculados al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sí constituyen verdaderos delitos de lesa humanidad, en virtud de que se trata de conductas que perjudican al género humano, toda vez que la materialización de tales comportamientos entraña un gravísimo peligro a la salud física y moral de la población. Por lo tanto, resulta evidente que las figuras punibles relacionadas al tráfico de drogas, al implicar una grave y sistemática violación a los derechos humanos del pueblo venezolano y de la humanidad en general, ameritan que se les confiera la connotación de crímenes contra la humanidad.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que tales modalidades delictivas implican también una lesión al orden socio-económico, toda vez que las inmensas sumas de dinero provenientes de esa industria criminal son inyectadas a la economía nacional –por ejemplo, a través de la legitimación capitales- ocasionando la distorsión de ésta.

Sin embargo, a mayor abundamiento, esta Sala estima pertinente hacer las siguientes consideraciones:

Actualmente los derechos humanos no encajan en su antigua concepción individualista, con un contenido únicamente civil y político. Por el contrario, los derechos humanos son un complejo integral, interdependiente e indivisible, que abarcan consecuencialmente, los derechos civiles, sociales, políticos, económicos y culturales.

Dentro de esa concepción omniabarcante del concepto de derechos humanos, se vislumbra su reconocimiento integral, en el entendido, que la existencia real de cada uno de ellos y su efectividad para su goce, garantizan la integralidad como concepto medular inherente a aquéllos, de lo contrario, los derechos sociales, civiles, políticos, culturales y económicos serían meras categorías formales, siendo que la protección a la salud pública, bien jurídicamente tutelado a través de las figuras punibles vinculadas al tráfico de drogas, lo mismo que el género humano, jamás podrán ser estimadas como categorías formales. De allí la necesaria integralidad, interdependencia e indivisibilidad en cuanto al concepto de los derechos humanos, y de su especial y real contenido.

Desde esta perspectiva, el Derecho internacional, tanto en el ámbito universal como en el ámbito regional, ha reconocido este carácter omnicomprensivo del concepto de los derechos humanos (Derechos Humanos, Voz: *Los problemas actuales de Derechos Humanos*. Héctor Gros Espiell. XI Jornadas J.M. Domínguez Escobar. 1986, p. 18).

Es indubitable la protección universal a la vida y a la dignidad, en líneas generales al género humano, tantas veces desgarrado ayer como actualmente, toda vez que no sólo la guerra y el uso de las armas más sofisticadas y letales hoy extinguen

poblaciones humanas enteras, sino también el consumo de drogas, especialmente por la esperanza, por la utopía que encarna la juventud mundial.

Desde este punto de vista, la protección de los derechos humanos no se agota en la acción del Estado. Su polivalencia en este mundo tan complejo y globalizante, exige un análisis pluridisciplinario, que incluye elementos políticos, sociales, jurídicos, científicos, tecnológicos, económicos y culturales que no pueden mineralizarse por omisiones nacionales e internacionales, lo cual se encuentra en correspondencia con el deber del Estado de garantizar a toda persona conforme al principio de progresividad consagrado en el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de dichos derechos, disposición constitucional que debe ser interpretada en forma sistemática con los artículos 22 y 23 de dicho texto constitucional –tal como se explicará *infra*-; siendo en cierta forma trastocado el principio de legalidad penal, ello atribuible a estos particulares casos de delitos letales contra el género humano, situación en la cual debe tener predominancia la progresividad en la protección de los derechos humanos, claro está, respetando en todo caso el conjunto de garantías y exigencias esenciales que constituyen el contenido de tal principio del Derecho penal.

En tal sentido, el peligro que entraña el tráfico y el consumo de drogas al género humano, quedaría fuera del catálogo de tipicidad de lo injusto en su concepción individualista, de allí que sea válido considerar a este tenebroso delito como de lesa humanidad.

Los derechos humanos no son una nueva moral, ni una religión, una nueva política o un fetiche, es la propia esencia del género humano; dijo Gandhi que *"… sólo somos acreedores del derecho a la vida…"*. ¿Qué norma jurídica o legalidad puede desconocer la conservación de la vida? Ello no es concebible ni lo será nunca. Es una norma *supra* legal que reside en la propia existencia de la vida, contra cuya conservación irrumpe inmoralmente el tráfico, comercialización y el consumo de drogas, aunque este último aspecto es un infeliz final que produce la muerte del ser humano, y por lo menos, le ocasiona una enfer-

medad o incapacidad permanente que le impide vivir en paz y libertad, menos aún cuando ha perdido su dignidad humana.

¿No es ésta una conducta delictuosa de lesa humanidad? Es incontrovertible que sí lo es.

Su derrumbe será la salvación del género humano y el derecho tiene ese papel protagónico, eso sí, aplicando la ley en justicia. En este orden de ideas, debe señalarse que la interpretación de la ley no puede marchar en asincronía con el contenido de la verdad y la justicia, toda vez que ambas configuran la finalidad última hacia la cual debe apuntar la aplicación del Derecho. Siguiendo las enseñanzas CAPITANT, resulta absurdo desconocer los hechos en nombre de los principios de Derecho, ello sería desviar estos principios de su función. Siendo así, resulta necesario, cuando se trata de interpretar las leyes sociales, temperar el espíritu de éstas, añadiéndole algunas gotas de espíritu social, de lo contrario se arriesga a sacrificar la verdad a la lógica.

En esta misma línea de criterio, BIELSA señala lo siguiente:

"Los privilegios ahuyentan la verdad; de aquéllos está harta la sociedad, y de ésta hambrienta. Relata Primo Levi que el ácido cianhídrico que se usaba en Alemania para desinfectar bodegas, en determinado momento comenzó a emplearse como veneno en las cámaras de gas de Auschwitz. Un brusco aumento en la demanda como el que se produjo a partir de 1942 no podía pasar inadvertido. Debía provocar dudas, y ciertamente las provocó, pero fueron sofocadas por el miedo, por el afán de lucro, por la ceguera y por la voluntaria ignorancia. La historia del breve *Reich Milenario* puede ser releída como una guerra contra la memoria, una falsificación de la realidad, hasta la huida definitiva de la misma realidad. Todas las biografías de Hitler, los desacuerdos sobre la interpretación que debe darse a la vida de este hombre tan difícil de catalogar, están de acuerdo en que la huida de la realidad es lo que marcó sus últimos años, especialmente a partir del primer invierno ruso. Había prohibido y negado a sus súbditos el acceso a la verdad, envenenando su moral y su memoria; pero, de manera cada vez más creciente hasta la paranoia del *Bunker*, había ido levantando barreras en el camino de la verdad incluso para sí mismo. Como todos los jugadores de azar se había armado un decorado hecho de mentiras supersticiosas

en el que había terminado por creer con fe fanática. Su derrumbe no sólo fue la salvación del género humano sino también una demostración del precio que se paga cuando se manipula la verdad" (BIELSA, Rafael. *La justicia por su nombre*. Javier Vergara Editor. Grupo Zeta. Buenos Aires, 1999, pp. 71, 72).

Precisado lo anterior, pasa esta Sala a examinar el punto referido a la alegada inconstitucionalidad, por parte del Juzgado Segundo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, del tercer párrafo del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, específicamente, si éste atenta contra el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En tal sentido, se hará una breve aproximación al contenido de dicha norma constitucional, y posteriormente, se analizará si existe o no disconformidad entre tales normas jurídicas de distinta jerarquía.

El artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el deber del Estado de garantizar los derechos humanos, principio que debe informar a todas las actuaciones de éste. Dicha norma dispone lo siguiente:

"**Artículo 19.** El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen".

De la lectura de la anterior norma se desprende, que el propio texto constitucional reconoce de manera expresa el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, según el cual, el Estado se encuentra en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna especie, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos. Tal progresividad se materializa en el desenvolvimiento sostenido, con fuerza extensiva, del espectro de los derechos fundamentales en tres dimensiones básicas, a saber, en el incremento de su número, en el desarrollo de su contenido, y en el fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección. En este ámbito cobra relevancia

la necesidad de que la creación, interpretación y aplicación de las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, se realice respetando el contenido de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el señalado artículo 19 constitucional no puede ser observado de manera aislada, por el contrario, debe ser interpretado sistemáticamente –tal como se señaló *supra*- con los artículos 22 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales completan el contenido de aquél, articulándose de esta forma la base dogmática general para la protección de los derechos humanos.

Así, en el artículo 22 se inserta la cláusula abierta de los derechos humanos, según la cual la enunciación de los derechos y garantías consagrados en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como la negativa a aceptar la existencia y la aplicación de otros derechos y garantías constitucionales, que siendo inherentes a la persona, no se encuentren establecidos expresamente en el texto constitucional o en dichos tratados; mientras que en el artículo 23 se reconocen como fuentes en la protección de los derechos humanos, a la Constitución, a los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por la República, y a las leyes que los desarrollen. De igual forma, en dicha norma se establece, a los efectos de robustecer la protección de los derechos humanos, que los tratados, pactos y convenciones en materia de derechos humanos, que hayan sido suscritos y ratificados por Venezuela, predominarán en el orden jurídico interno en la medida en que contengan normas referidas al goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables que las contenidas en la Constitución y en las leyes de la República, es decir, cuando tales tratados reconozcan y garanticen un derecho o una garantía de forma más amplia y favorable que la Constitución –u otra normativa nacional-, dichos instrumentos internacionales se aplicarán inmediata y directamente por todos los órganos del Poder Público, especialmente cuando se trate de operadores de justicia.

Ahora bien, debe advertirse que la limitación a la rebaja de pena que se encuentra inserta en el primer y segundo aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, obedece a un criterio de política criminal del legislador, por el cual éste consi-

deró establecer de forma taxativa, que en el supuesto de que la admisión de los hechos gire en torno a ciertas figuras delictivas que impliquen la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de gran envergadura (delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, delitos contra el patrimonio público y delitos previstos en la legislación antidrogas), el juez no rebajará el *quantum* de la pena de la misma forma en que lo haría en otros delitos distintos a los allí mencionados, por el contrario, tendrá una limitación legal al momento de realizar tal disminución, ello atendiendo a la gravedad del injusto.

Sobre este particular, estima la Sala necesario reiterar el criterio expuesto en sentencia n° 1.654/2005, del 13 de julio, según el cual:

"... la progresividad de los derechos humanos se refiere a la tendencia general de mejorar cada vez más la protección y el tratamiento de estos derechos, sin embargo, la progresividad de los derechos humanos de los imputados, no puede ir en detrimento de los derechos humanos del resto de las personas, incluso de las víctimas de esos delitos, por lo que en ningún caso se autoriza la desproporcionalidad de las penas aplicables conforme a la gravedad del delito, ni un tratamiento igualitario respecto de quienes cometen delitos menos graves, pues sería contradictorio con el verdadero sentido de la justicia y la equidad.

Aunado a lo anterior, considera la Sala que en atención a la progresividad de los derechos humanos, mal podría aplicarse por razones de conveniencia una norma que fue derogada hace más de cuatro años, con preferencia a la norma vigente para el momento de la comisión del delito en cuestión, pues eso aplicaría sólo cuando la derogatoria de la norma más favorable y consecuente entrada en vigencia de la nueva, ocurriese durante el juicio penal al cual se pretende aplicar la más benévola, lo cual no es el caso de autos.

Asimismo, encuentra la Sala que la actualización de las normas jurídicas –como es el caso del artículo 376 con la incorporación del primer y segundo aparte, en la reforma de 2000- obedece también a la evolución de los derechos humanos y a la consolidación de los valores universalmente reconocidos, que

exige a los Estados un régimen de protección más eficiente respecto de estos valores jurídicos, con la aplicación de sanciones más severas y algunas limitaciones en los beneficios previstos por la norma penal adjetiva para los delitos de lesa humanidad, cuya gravedad lo amerita, lo que conjuntamente con políticas de prevención buscan persuadir la comisión de este tipo de delitos y con ello disminuir la violación de los derechos humanos”.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1712, Fecha: 12/09/2001

El artículo 29 constitucional, para determinados delitos, niega los beneficios que puedan llevar a su impunidad; por lo que con relación a dichos delitos, el artículo 253 del Código Orgánico Procesal Penal no es apreciable ante el mandato expreso de la Constitución de 1999.

En efecto, el artículo 29 constitucional, reza:

«El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía».

Los delitos de lesa humanidad, las violaciones punibles de los derechos humanos y los delitos por crímenes de guerra, quedan excluidos de beneficios como lo serían las medidas cautelares sustitutivas, en caso que el juez considerare que procede la privación de la libertad del imputado.

Al comparar el artículo 271 constitucional con el transcrito 29, donde el primero se refiere a acciones penales imprescriptibles y que, al igual que la última norma mencionada, reconoce

como imprescriptible a los delitos contra los derechos humanos, la Sala debe concluir que el delito de tráfico de estupefacientes, cuya acción también es imprescriptible, debe considerarse por su connotación y por el especial trato que le otorga el artículo 271 constitucional, como un delito de lesa humanidad, y así se declara.

Los delitos de lesa humanidad, se equiparan a los llamados crimen majestatis, infracciones penales máximas, constituidas por crímenes contra la patria o el Estado y que, al referirse a la humanidad, se reputan que perjudican al género humano, motivo por el cual el tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes ha sido objeto de diversas convenciones internacionales, entre otras, la Convención Internacional del Opio, suscrita en La Haya en 1912, ratificada por la República el 23 de junio de 1912; la Convención Única sobre Estupefacientes, suscrita en las Naciones Unidas, Nueva York, el 30 de marzo de 1961; y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988). En el Preámbulo de esta última Convención las partes expresaron:

"*...Profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad...*".

Por otra parte, en el Preámbulo de la Convención de Viena de 1961, las partes señalaron, sobre el mal de la narcodependencia:

"*...Considerando que para ser eficaces las medidas contra el uso indebido de estupefacientes se hace necesaria una acción concertada y universal, Estimando que esa acción universal exige una cooperación internacional orientada por principios idénticos y objetivos comunes...*".

En consecuencia, los delitos relativos al tráfico de estupefacientes los considera la Sala de lesa humanidad.

A título de ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no suscrito por Venezuela, en su artículo 7 se

enumeran los crímenes de lesa humanidad; y en el literal K de dicha norma, se tipificaron las conductas que a juicio de esta Sala engloban el tráfico ilícito de estupefacientes. Dicho artículo reza:

Artículo 7
Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:
   k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

3.6.7.- *Principio de legalidad, tipicidad, delitos de lesa humanidad y violación a los derechos humanos*

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 537, Fecha: 15/04/2005

El artículo 29 de la Constitución dispone que *"las acciones para sancionar las violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles"*. Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuya Ley Aprobatoria entró en vigencia en diciembre de 2000, también establece la imprescriptibilidad de *"los delitos de la competencia de esta Corte",* los cuales aparecen enumerados en el artículo 5 del referido Estatuto; entre ellos, los delitos de lesa humanidad;

1.1.1. **Los conceptos de violaciones a los derechos humanos y crímenes o delitos de lesa humanidad están vinculados por una relación de género a especie. Así, la expresión *"violación a los derechos humanos"* comprende todas aquellas conductas –no sólo las punibles- que, constitutivas de infracción a la Ley, producen la consecuencia de lesión a alguno de aquellos derechos que sean calificables como inherentes a la persona humana; esto es, como *"derechos humanos".*** Dentro de tales infracciones quedan comprendidas,

como antes se afirmó, aquéllas que están descritas como conductas penalmente castigables. Ahora bien, del principio de legalidad que, como manifestación específica del debido proceso, establece el artículo 49.6 de la Constitución, deriva el monopolio legislativo para la descripción de los tipos penales; en otros términos, sólo el legislador tiene competencia para la determinación de cuáles conductas humanas han de ser tenidas como punibles, vale decir, para la configuración de la tipicidad. De allí que, con base en el carácter de la tipicidad, que la doctrina reconoce como esencial en la estructura del delito, así como en el principio constitucional de legalidad, de acuerdo con el cual sólo el legislador tiene competencia para la descripción de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones penales, se concluye que la calificación de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad –especialmente, en cuanto los efectos jurídico constitucionales de las mismas incidan necesariamente en la estructura del tipo legal-, es materia que compete exclusivamente al legislador y no al intérprete. En efecto, resulta indudable que sólo al funcionario u órgano del Poder Público a los cuales la Constitución atribuyó la *iurisdatio* corresponde la determinación de cuáles de esas infracciones penales deben ser calificadas como delitos contra los derechos humanos o delitos de lesa humanidad; sobre todo, para los específicos efectos jurídicos que establezcan la Constitución y la Ley (comprendidos en ésta, obviamente, los instrumentos normativos de Derecho Internacional que sean suscritos y ratificados por la República) –en particular, el de la imprescriptibilidad de la acción penal para el procesamiento judicial y la eventual sanción a quienes resulten declarados responsables penalmente por su participación en la comisión de dichos delitos. De conformidad, entonces, con una interpretación teleológica de la Constitución, así como con base en los términos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (el cual es ley vigente en Venezuela e, incluso, por tratarse de un tratado relativo a derechos humanos, tiene jerarquía constitucional, en la medida que establece el artículo 23 de la Ley Máxima), se concluye que, para el propósito de la calificación sobre la imprescriptibilidad de la acción penal, se tendrán como sinónimos los conceptos de delitos contra los derechos humanos y delitos de lesa humanidad.

1.1.2. En el orden de ideas que se sigue, concluye la Sala que **la calificación de una infracción penal como delito de lesa**

humanidad o contra los derechos humanos corresponde al legislador, por razón del principio de legalidad que establecen el artículo 49.6 de la Constitución y, entre otros, el artículo 9 del Estatuto de Roma, así como en resguardo de la seguridad jurídica y de la garantía constitucional de uniformidad e igualdad en el tratamiento procesal a los respectivos infractores. El anterior aserto es aún más obligante cuando se trate de que la calificación sea requisito previo para la correspondiente declaración de imprescriptibilidad de la acción penal, en virtud del efecto derogatorio que la misma acarrea respecto de la correlativa garantía fundamental, según se explicará más adelante.

1.1.3. El término de la prescripción de la acción penal, que aparece desarrollado, genéricamente, en los artículos 108 y siguientes del Código Penal, correlacionados, en el caso específico que ocupa la atención de esta Sala, con el artículo 19 de la Ley Penal del Ambiente, conforma uno de los elementos genéricos que definen el tipo legal. Por ello, porque está indisolublemente vinculado como un subelemento de la tipicidad, todo lo que concierne al establecimiento de dicho término, a las modificaciones del mismo, **así como a la excepción a la garantía fundamental de la prescriptibilidad de la acción penal –como manifestación específica de la tutela judicial eficaz y del debido proceso-, es materia de la exclusiva competencia de quien, a su vez, tiene el monopolio constitucional para la tipificación, la modificación o la extinción del tipo legal, esto es, el legislador**. Por otra parte, la imprescriptibilidad de la acción penal ataca también a otro carácter del delito: la punibilidad (véase, al efecto, a J. R. Mendoza T.: Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, p. 309), razón que también abunda en favor del monopolio legislativo en referencia.

1.1.4. **En el caso venezolano, la Constitución señaló, de manera genérica, cuáles delitos son de acción penal imprescriptible** (artículos 29 y 271). Del texto de ambas disposiciones se extrae, igualmente, que el constituyente sólo perfiló o tipificó algunas de las conductas punibles respecto de las cuales, por estar inmersas en los conceptos de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad, no se extingue, por razón del transcurso del tiempo, la acción para procurar el enjuiciamiento de los responsables por la comisión de los mismos, así como la sanción penal a dichos partícipes; tales serían, por ejemplo, los

casos de los delitos de tráfico –y conductas asociadas al mismo- de sustancias estupefacientes o psicotrópicas y los crímenes de guerra. Se concluye, entonces, en el contexto de ambas disposiciones y conforme a las razones que anteriormente fueron expuestas, que el desarrollo de la norma constitucional sobre dichas especies delictivas fue remitida por el constituyente al legislador; en otros términos, aquél no agotó –porque, técnicamente, no es materia propia de una Constitución- el catálogo de los actos típicamente antijurídicos que, para efectos de la imprescriptibilidad de la acción penal, deban ser calificados como delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad, sino que remitió el desarrollo y concreción de la materia que se examina, a la esfera de la competencia del legislador.

1.1.5. **A la conclusión de que la calificación de ciertas conductas punibles como delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad pueda quedar al criterio del intérprete de la Ley y quede a éste, en consecuencia, la potestad de la decisión sobre en cuáles delitos no prescribe la respectiva acción penal, se opone la doctrina penal que, en su mayoría y consustanciada con el espíritu garantista que impregna al Derecho Constitucional y al Derecho Penal de nuestros días, es contraria a la existencia de los llamados tipos penales en blanco; de conformidad, según se afirmó *ut supra,* con la propia garantía fundamental del principio de legalidad que establece el artículo 49.6 de la Constitución, así como a otros derechos fundamentales, tales como el debido proceso y la tutela judicial eficaz, como antes se señaló.**

1.1.6. **La estricta sujeción que, en materia penal y como garantía fundamental, debe haber al principio de legalidad, fue ratificado por el legislador internacional, a través del artículo 9 del Estatuto de Roma, instrumento normativo este que es, conforme a lo que se ha expresado anteriormente, de indudable pertinencia en el presente análisis**.

3.7.- El principio *ne bis in idem*

3.7.1.-Generalidades

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1.786, Fecha: 5/10/2007

Obviamente, tal circunstancia descarta a su vez el supuesto quebrantamiento del derecho a no ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente (el cual constituye el argumento nuclear de la presente acción de amparo), puesto que, contrario a lo alegado por el accionante, en este caso no se ha verificado la cosa juzgada y, definitiva, no se puede considerar que el aquí accionante fue juzgado en los términos de la garantía constitucional a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho en virtud del cual fue juzgado anteriormente (y, por otra parte, tampoco ha sido, está siendo o está corriendo el riesgo, conforme ser desprende de autos, de ser enjuiciado simultáneamente por la misma conducta y con el mismo fundamento, con lo cual se descarta de plano el pretendido sometimiento a "*bis in idem*").

En efecto, la decisión accionada no vulnera ese importante derecho derivado del principio *non bis in idem* (o *ne bis in idem*), como lo es derecho a no ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente, por cuanto el recurso de apelación que interpuso tempestivamente el Ministerio Público, con fundamento en la norma prevista en el artículo 452.2 del Código Orgánico Procesal Penal, contra la sentencia mediante la cual se declaró la absolución del accionante de autos (y de los otros dos acusados en esa causa), fue declarado con lugar y, en consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 457 del mencionado texto penal adjetivo, fue anulada esa sentencia absolutoria y se ordenó la reposición de la causa al estado de celebración del juicio oral ante un juez distinto del que la dictó, de lo cual de infiere que la referida sentencia dictada a favor del accionante no adquirió carácter definitivamente firme y, en fin, no generó autoridad de cosa juzgada, presupuesto que conforma una de las dimensiones de la garantía de no ser sometido a *bis in idem* sancionador, tal como se desprende de los artículos 49.7 de la Constitución de la

República Bolivariana de Venezuela y de algunos instrumentos jurídico-internacionales en materia de derechos humanos, como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derecho Humanos (Pacto de San José), entre otros.

Así pues, respecto del derecho denunciado como infringido, como se expresó *ut supra*, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sostiene que ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente (artículo 49.7).

Por su parte, el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, dispone lo siguiente:

"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país" (subrayado de la Sala).

A su vez, la Convención Americana sobre Derecho Humanos (Pacto de San José) prevé lo que se transcribe a continuación:

"Artículo 8. Garantías Judiciales. (...)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

(...)" (subrayado de la Sala).

En correspondencia con lo previsto en la precitadas disposiciones, la Sala de Casación Penal de este máximo tribunal de la República ha sostenido que el principio *non bis in idem* "*...busca proteger los derechos de los ciudadanos que han sido procesados por determinados hechos, para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos, una vez que han obtenido sentencia firme copada de las formalidades de ley...*" (Sentencia núm. 447 del 02 de noviembre de 2006) (Subrayado de esta Sala Constitucional).

Ese principio *non bis in idem* ("no más sobre lo mismo"), el cual se encuentra vinculado con el cardinal principio de legalidad en materia penal e, incluso, con el principio de

legalidad sancionadora en general, presenta una dimensión fundamentalmente sustancial o material, según la cual nadie debe ser sancionado más de una vez por la misma conducta con el mismo fundamento, ya sea que las sanciones sean simultaneas o sucesivas, y otra fundamentalmente adjetiva o procesal, en virtud de la cual nadie debe ser enjuiciado más de una vez por los mismos hechos, independientemente de que los enjuiciamientos sean coexistentes o no.

En tal sentido, puede deducirse que si una persona no debe ser sancionada más de una vez por la misma conducta con el mismo fundamento, en consecuencia, tampoco debe ser sometida al riesgo de ello, en el sentido de que tampoco debe enjuiciada más de una vez por los mismos hechos, es decir, si una persona no debe ser sometida a un doble sanción o, en fin, a una repetición de sanciones por la misma conducta con el mismo fundamento, entonces tampoco debe ser sometida al riesgo de ello.

En este orden de ideas, en aras de racionalizar aun más la potestad punitiva, se ha reconocido también que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (tal como lo dispone la Convención Americana sobre Derecho Humanos en su artículo 8.4), en otras palabras, se ha reconocido que no es legítimo mantener una persecución penal permanente o continua en contra de una persona que, como resultado de su enjuiciamiento conforme a derecho, ha sido absuelta por ese hecho por el cual se le pretende seguir persiguiendo (y, por supuesto, mucho menos si el sujeto ya ha sido condenado mediante sentencia firme por ese mismo hecho).

Al respecto, como se ha podido observar, este principio *non bis in idem*, del cual se derivan varios derechos y garantías, veda la imposición de una dualidad o repetición de sanciones en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Por último, la finalidad del mismo puede apreciarse en la necesidad de limitar a la potestad punitiva para evitar reacciones desproporcionadas, para garantizar el derecho de las personas a no padecer reacciones punitivas exageradas

o arbitrarias, y, en fin, para garantizar la seguridad jurídica en lo que respecta a la previsibilidad de las sanciones, al evitar la pretensión de imponer o imponerse efectivamente una o varias sanciones que, en definitiva, no están previstas legalmente, circunstancias que no se observan en el presente caso, razón por la cual se descarta que la accionada haya incurrido en *bis in idem* y, finalmente, se descarta que la misma haya vulnerado el derecho a la no reiteración sancionatoria.

3.7.2.-El principio *ne bis in idem y penas accesorias*[8]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 692, Fecha: 30/03/2006

2.10 La aplicación de las penas accesorias no constituyen una violación del principio *non bis in idem,* cuya vigencia garantiza el artículo 49.7 de la Constitución. Se trata de una sola condena penal, que está integrada como sanción compleja, por cuanto comprende una pena principal y varias accesorias, que son decretadas coetáneamente con la primera y que son ejecutables de inmediato o, como en el caso de la que se examina actualmente, al término de la fase privativa de libertad con la cual se inicia la condena penal, la que sólo habrá concluido con la culminación de la correspondiente etapa de control (sujeción a la vigilancia de la autoridad), intermedia entre la privación de libertad personal y el ejercicio pleno de ésta.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1636, 17/07/2002

Unos mismos hechos que se imputan a una persona, como ya la Sala lo observó, pueden en principio originar sanciones disciplinarias y penales, pero para cumplir con el principio **non bis in idem, debe evitarse una doble y coetánea persecución,**

8. SSC-TSJ 3.446 del 11 de noviembre de 2005; SSC-TSJ 1320 del 19 de junio de 2002; SSC-TSJ 1.394 del 7 de agosto de 2001; CP-CSJ 14 de octubre de 1997; SSCP-TSJ 447 del 2 de noviembre de 2006

debiendo darse preferencia a la persecución penal, ya que la sanción, con las penas accesorias, puede involucrar las penas disciplinarias, o resultar una cuestión prejudicial con relación a ellas, tal como lo previene la letra h) del artículo 239 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas. Además que la administración no podría desconocer los hechos probados ante los órganos de la jurisdicción penal.

Por ello, si los hechos pueden ser calificados penalmente, el proceso disciplinario debe quedar en suspenso o perder sus efectos, de estar ya decidido, a fin de evitar que se impida a la función jurisdiccional realizar su fin natural, y tal desnaturalización -que tiene que ser evitada- que pueda provenir de razones dolosas, culposas o hasta de azar, debe ceder ante la posibilidad cierta de una persecución penal.

En el derecho común se ha evitado tal duplicidad mediante la institución de la prejudicialidad, donde impera la sentencia penal condenatoria, debido a sus efectos **"adversus omnes"**, sobre la de los tribunales civiles, laborales, etc.

Este principio también existe en materia disciplinaria, y no puede desnaturalizarse, aplicando primero el procedimiento sancionatorio y luego el penal. De allí que el artículo 288 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, ordene a los Consejos de Investigación, abstenerse de todo lo que puede significar decisión penal, aun en los casos que exijan medidas para restablecer la disciplina.

Ello se agrava si el procedimiento administrativo deroga un privilegio constitucional utilizable en el proceso penal posterior.

3.7.3.- El principio *ne bis in idem y la sanción por temeridad en el ejercicio de la acción de amparo constitucional*

Como se puede apreciar, la disposición prevista en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, constituye una vía específica en la materia de amparo constitucional, para sancionar a los accionantes que interpongan pretensiones de amparo manifiestamente temerarias, **sanción esta que se traduce en la privación de la libertad**

ambulatoria del infractor, arresto hasta por diez (10) días, lo cual advierte una sustancial afectación a la libertad del sancionado, que evidentemente abarca y desvalora completamente tal hecho, y hace improcedente aplicar cualquier otra sanción por el mismo acto, es decir, por haber interpuesto una acción de amparo manifiestamente temeraria, de lo contrario se vulneraría una importante dimensión del principio del *non bis in idem (consagrado en su aspecto más emblemático en el artículo 49.7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)*.

3.7.4.-El principio *ne bis in idem y la reincidencia*

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1464, Fecha: 28/07/2006

En este orden de ideas, resulta oportuno traer a colación el contenido del numeral 7 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece:

"Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

…omissis…

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente".

Dicha disposición consagra el denominado principio *non bis in idem*, el cual prohíbe que una persona pueda ser condenada dos veces por un mismo hecho. El autor Antonio Domínguez Vila, en su obra *"Los Principios Constitucionales"*, en referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 14 de febrero de 1986 señaló que *"(...)* ***el ámbito del non bis in idem comienza y termina en que autoridades del mismo orden, a través de procedimientos distintos, sancionen repetidamente una conducta. El non bis in idem solo es admisible cuando se pretende sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos mismos hechos"*. De tal forma se pretende limitar el poder punitivo del Estado y evitar que el individuo que ha pagado una condena -esto es en el ámbito penal, pueda ser nuevamente juzgado por un he-**

cho delictual por el cual ya fue sancionado.

(...)

La institución de la reincidencia se encuentra regulada en el Código Penal en el artículo 100, el cual prevé el aumento de la pena para el reincidente en los términos previstos en dicho artículo. Dicha institución en nada vulnera el principio *non bis in idem* toda vez que el mismo *"(...) se excluye en la apreciación del agravante por reincidencia. La imposición de una pena o sanción aumentada -cualitativa y cuantitativamente- para sancionar el nuevo ilícito penal o administrativo cometido por una persona después de haber sido condenada o sancionada por un ilícito anterior, en virtud de su mayor peligrosidad, no vulnera la prohibición de doble sanción, puesto que nada le impide al legislador tomar en cuenta la condena o sanción anterior, con la finalidad de ajustar con mayor precisión el tratamiento que se considere más adecuado para aquellos supuestos en que un individuo incurriese en un nuevo ilícito, lo que pone en evidencia la indiferencia que manifiesta por la sanción quien, a pesar de haberla sufrido antes, recae en su conducta infractora o delictual"*. (Vid. Sentencia de la Sala N° 1.798 del 19 de julio de 2005).

De modo que, como ya se expresó, la reincidencia no implica una doble sanción sino que el legislador consideró mayor la peligrosidad de aquel individuo que una vez que ha sido condenado por la comisión de un hecho delictual, es juzgado por otro de igual o distinta índole.

4.-NORMA JURÍDICA PENAL Y FUENTES DEL DERECHO PENAL

4.1.- Fuentes del Derecho Penal*: Jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela y ley penal. Recomendaciones del Informe Anual de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (No tiene carácter vinculante)*

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1939, Fecha: 18/12/2008

"En materia de derechos humanos, adquieren rango constitucional, equiparadas a normas contenidas en la Constitución, las disposiciones de los Tratados, Pactos y Convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela que resulten más favorables a las establecidas en nuestra Carta Magna o en las leyes nacionales. Así, dichas normas, producto de acuerdos escritos celebrados entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, se incorporan al derecho interno.

A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: **1)** Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; **2)** Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos.

Dichas disposiciones, al igual que la Constitución, se aplican en Venezuela inmediata y directamente, siempre que sean más favorables para las personas, que los derechos constitucionales, o los derechos humanos contemplados en nuestras leyes; y muchas veces ante antinomias o situaciones ambiguas entre los derechos contenidos en los instrumentos internacionales señalados y la Constitución, corresponderá a la Sala Constitucional interpretar cuál es la disposición más favorable.

Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara.

Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los Tratados, Pactos y Convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos.

Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional

y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.

Lo declarado inmediatamente no contradice el artículo 31 constitucional, que está referido al derecho de toda persona a dirigir peticiones o quejas a los organismos internacionales reconocidos por la República, conforme a los tratados, pactos o convenios suscritos por ella, a fin que sean amparados por ellos en sus derechos humanos.

A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: *"La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución"* siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.

Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos. Es posible que si la República así actúa, se haga acreedora de sanciones internacionales, pero no por ello los amparos o los fallos que dictaran estos organismos se ejecutarán en el país, si ellos resultan violatorios de la Constitución de la República y los derechos que ella garantiza.

Al fin y al cabo, el artículo 19 constitucional garantiza a toda persona el goce y ejercicio de los derechos humanos, siendo el respeto de ellos obligatorio para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución de 1999, con los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos por la República y las leyes venezolanas, siempre que éstos cuerpos normativos no colidan con principios constitucionales sobre Derechos Humanos, o atenten contra los Principios

Fundamentales de la Constitución.

La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.

El artículo 2 del "Pacto de San José de Costa Rica", es claro, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa Convención, las medidas legislativas y **de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es decir, las medidas de cualquier índole destinadas a hacer cumplir en el país con los deberes y obligaciones en materia de derechos humanos, deben tomarse con arreglo a los procedimientos constitucionales, y por ende a la Constitución misma.

Ahora bien, si tal es la posición de la Sala, con relación a la decisión de los organismos internacionales que por tener la competencia amparen derechos humanos, con mayor razón, la Sala rechaza las declaraciones de esos organismos que no se corresponden a dispositivos de fallos, sentencias u otro tipo de providencia jurisdiccional, como lo son recomendaciones, advertencias y manifestaciones similares; e igualmente, la Sala observa que los fallos o decisiones de organismos internacionales, supranacionales o transnacionales, que violen el derecho de defensa y otras garantías de naturaleza constitucional, como el debido proceso, son inaplicables en el país, a pesar de emanar de tales organismos internacionales reconocidos por la República. Si en la mayoría de los Convenios, debe agotarse conforme al derecho interno, las vías judiciales, en Venezuela, tal agotamiento debe cumplirse previamente, incluso para el decreto de medidas cautelares por organismos internacionales, si ellas son posibles conforme al derecho interno, a fin de no burlar la soberanía del país, y a su vez para cumplir con los Tratados y Convenios Internacionales. Si con esta tramitación no se cumple, Venezuela no puede quedar obligada por la decisión, que nace írrita.

Existen diversos organismos internacionales de los cuales algunos emiten verdaderos actos jurisdiccionales, mientras otros producen actos administrativos o simples recomendaciones.

En lo atinente a actos jurisdiccionales, estos organismos podrían dividirse en:

1) Supranacionales, cuyas decisiones de cualquier clase se ejecutan forzosamente en los países signatarios de los Convenios que los crean, quienes al suscribirlos ceden en alguna forma su soberanía y de allí que la ejecución de los fallos sea incondicional.

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son -por ejemplo- las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 **eiusdem**). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos **per se**, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son **irrenunciables**, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República.

Las decisiones pueden resultar obligatorias respecto a lo decidido, creando responsabilidad internacional por el incumplimiento (por ejemplo el artículo 87.7 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), pero nunca en menoscabo de los derechos contenidos en el artículo 1 constitucional, disminuyendo o enervando las competencias exclusivas de los órganos nacionales a quienes la Constitución atribuye determinadas competencias o funciones.

2) Multinacionales y Transnacionales, que nacen porque varias naciones, en determinadas áreas, escogen un tribunal u organismo común que dirime los litigios entre ellos, o entre los países u organismos signatarios y los particulares nacionales de esos países signatarios.

No se trata de organismos que están por encima de los Estados Soberanos, sino que están a su mismo nivel, ya que a pesar que las sentencias, laudos, etc., se pueden ejecutar en el territorio de los Estados signatarios, ello se hace por medio de los tribunales de ese Estado y *"por las normas que, sobre ejecución y sentencias, estuviesen en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda"* (tal como lo expresa el artículo 54.3 de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados).

Los laudos arbitrales de los Tribunales de Arbitraje dependientes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), instaurados por el Convenio inmediatamente citado, producen esta clase de decisiones, pero al ellos ejecutarse dentro del territorio nacional conforme a las normas de ejecución en vigor en el país condenado, la ejecución no puede colidir con las normas constitucionales y, por tanto, lo fallado se hace inejecutable.

A juicio de esta Sala, los Tribunales de Arbitraje dependientes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones producen laudos arbitrales, ejecutables dentro del territorio de los Estados Contratantes con respecto a las obligaciones pecuniarias a que se refiera el laudo, equiparándose los mismos a una sentencia dictada por un tribunal del Estado suscritor del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a

Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (artículo 54 de la Ley Aprobatoria del Convenio).

Conforme al numeral 3 del artículo 54 del citado Convenio *"El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda"*.

A pesar que se trata de una decisión que se dicta en un proceso de una sola instancia, no sujeta a apelación y obligatoria para las partes, que deben acatarla y cumplirla en todos sus términos (artículo 53 **eiusdem**), la ejecución en el territorio del Estado Contratante, se hace conforme a las normas de dicho Estado, por lo que, a juicio de esta Sala, un fallo violatorio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se haría inejecutable en el país.

Ello podría dar lugar a una reclamación internacional contra el Estado, pero la decisión se haría inejecutable en el país, en este caso, en Venezuela.

Una situación similar es reconocida en el artículo 68.2 del "Pacto de San José" con relación a las decisiones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos: *"La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado"*.

Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía.

La única ventaja que tienen las decisiones de estos órganos que resuelven litigios, donde está involucrado un Estado, es que para la ejecución del fallo en el territorio de ese Estado, no se requiere un proceso de exequátur previo, convirtiéndose el juez ejecutor en el controlante de la constitucionalidad.

3) Hay Tribunales Internacionales que ejercen la jurisdicción para resolver litigios, al menos entre dos países, lo que los separa de los del número anterior, pero sus fallos, de ejecutarse en Venezuela, se harán por los Tribunales Venezolanos y por sus normas, lo que elimina la posibilidad de que un fallo inconstitucional se puede ejecutar en Venezuela.

Afirma la Sala, como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos, ya que el sistema internacional dentro del cual vivimos, desde sus orígenes en el siglo XVI, tiene como principios existenciales los siguientes:

1) La coexistencia en el globo terráqueo de un conjunto de Estados soberanos por definición;

2) La existencia de un sistema jurídico generado entre ellos, cuyas normas solo son obligatorias en la medida en que no menoscaben dicha soberanía, aun cuando hayan sido adoptadas entre ellos voluntariamente.

Distinto es el caso de los acuerdos sobre integración donde la soberanía estatal ha sido delegada, total o parcialmente, para construir una soberanía global o de segundo grado, en la cual la de los Estados miembros se disuelve en aras de una unidad superior. No obstante, incluso mientras subsista un espacio de soberanía estatal en el curso de un proceso de integración y una Constitución que la garantice, las normas dictadas por los órganos legislativos y judiciales comunitarios no podrían vulnerar dicha área constitucional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración.

Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o **ad hoc** (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría

darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.

El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales, como se colige del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o el artículo 46 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o del artículo 41. 6 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscritores de los Convenios o Tratados.

Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores.

Lo hasta ahora apuntado se refiere a actos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, pero los organismos internacionales obrando conforme a las normas que los rigen pueden emitir otro tipo de actos.

El recurrente se refiere a ellos y plantea una colisión entre varias normas del Código Penal y la Constitución vigente, fundando la antinomia en una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual pretende es de obligatorio acatamiento por Venezuela, y que contendría los criterios que adquieren rango constitucional y coliden con el Código Penal.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece dos órganos competentes:

a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, **b)** La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ambos entes tienen funciones diferentes. La primera puede *“formular recomendaciones”* (artículo 41.b) a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas *“en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”*. Si lo recomendado debe adaptarse a la Constitución y a las leyes de los Estados, es porque ello no tiene naturaleza obligatoria, ya que las leyes internas o la Constitución podrían colidir con las recomendaciones. Por ello, el articulado de la Convención nada dice sobre el carácter obligatorio de la recomendación, lo que contrasta con la competencia y funciones del otro órgano: la Corte, la cual -según el artículo 62 de la Convención- puede emitir interpretaciones obligatorias sobre la Convención siempre que los Estados partes se la pidan, lo que significa que se allanan a dicho dictamen.

Si la Corte tiene tal facultad, y no la Comisión, es forzoso concluir que las recomendaciones de ésta, no tienen el carácter de los dictámenes de aquélla y, por ello, la Sala, para el derecho interno, declara que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no son obligatorias.

Ahora bien, a juicio de esta Sala, las recomendaciones de la Comisión como tales, deben ser ponderadas en lo posible por los Estados miembros. Estos deben adaptar su legislación a las recomendaciones, siempre que ellas no colidan con las normas constitucionales, pero para esta adaptación no existe un término señalado y, mientras ella se practica, las leyes vigentes que no colidan con la Constitución o, según los tribunales venezolanos, con los derechos humanos contemplados en las Convenciones Internacionales, siguen siendo aplicables hasta que sean declaradas inconstitucionales o derogadas por otras leyes.

Con relación a la inconstitucionalidad solicitada, las recomendaciones tienen un valor doctrinario que debe ser ponderado por el juzgador, ya que la recomendación particular a que se refiere el accionante, alerta a los Estados miembros para que,

a futuro, deroguen o reformen las llamadas leyes de desacato, con el fin de adecuarlas a las leyes internacionales, pero la recomendación no es más que un punto de vista de la Comisión y una exhortación a los países miembros para que actúen en el orden interno, sin que tenga carácter imperativo, lo que es lógico, ya que es necesario que los Congresos o Asambleas de los países, previo el trámite parlamentario y las peculiaridades de cada régimen, hagan los ajustes necesarios, conforme a su Constitución, de los derechos que ella establezca, y conforme a la interpretación constitucional que emana del órgano nacional competente.

Una interpretación diferente es otorgarle a la Comisión un carácter supranacional que debilita la soberanía de los Estados miembros, y que -como ya lo apuntó la Sala- lo prohíbe la Constitución vigente.

Consecuente con lo señalado, la Sala no considera que tengan carácter vinculante, las recomendaciones del Informe Anual de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, correspondiente al año 1994 invocado por el recurrente. Dicho Informe hace recomendaciones a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos para derogar o reformar las leyes, para armonizar sus legislaciones con los tratados en materia de derechos humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica; por lo que el Informe con recomendaciones no pasa de ser esto: un grupo de recomendaciones que los Estados acatarán o no, pero que, con respecto a esta Sala, no es vinculante, y así se declara.

Como las recomendaciones sobre libertad de expresión contenidas en el informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al año 1994, u otras recomendaciones de organismos internacionales, podrían ser acogidas por la Justicia de Tribunales Internacionales, la Sala fijó, antes, posición sobre el contenido de esos fallos y su acatamiento y cumplimiento en la República.

Las recomendaciones tienen lugar en un tiempo determinado y, por lo regular, son producto de los burócratas de los derechos humanos que en ese tiempo conforman la Comisión.

A juicio de esta Sala, las recomendaciones de la Comisión sobre las leyes de desacato, persiguen frenar la persecución política proveniente del Poder Público, pero para nada toma en cuenta la posibilidad de que dentro de una sociedad se expresen y comuniquen pensamientos e ideas, provenientes del poder económico privado o de grupos políticos que, actuando como un cartel limitante de la pluralidad, que es la base de la libertad de expresión, conformen un bloque o matriz de opinión que busque debilitar las instituciones del Estado para fines propios o ajenos, si es que obran en confabulación con Estados o grupos económicos, políticos, religiosos o filosóficos extranjeros o transnacionales, y que tal debilitamiento y hasta parálisis de las instituciones se adelante mediante ataques persistentes, groseros, injuriosos, desmedidos y montados sobre falacias, contra los entes que conforman el tejido institucional del país.”

4.2.- Ley y norma penal

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 161, Fecha: 27/02/2008

En primer término, **la expresión *“ley penal”* no debe en este caso interpretarse en forma restringida, sino en forma amplia, el espíritu de la ley y la lógica imponen que se entienda ley penal en sentido lato y no ley penal “*stricto sensu”*. Las normas desincriminatorias en la medida que afectan las leyes penales *“sensu stricto”*, se deben considerar leyes penales, ya que las mismas se integran al texto de norma penal.**

4.3.- Enunciado y proposición normativa

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1744, Fecha: 09/08/2007

A mayor abundamiento, debe hacerse la distinción entre las nociones de **“enunciado normativo”, es decir, el medio expresivo en el que la voluntad normativa se manifiesta, y la noción de “proposición normativa”, esto es: lo que se dice o se intenta decir.** Ahora bien, de la diferenciación entre estos dos

conceptos, se pueden desprender las siguientes consecuencias: 1.- Una proposición puede ser expresada a través de diferentes enunciados; y 2.- A través de un mismo enunciado pueden ser expresadas diferentes proposiciones. De esto se desprende, y en ello se insistirá a lo largo del presente fallo, que un enunciado normativo puede contener, o se le pueden dar, diferentes lecturas, es decir, se le pueden adjudicar diversos sentidos.

4.4.- Estructura de la norma penal. Norma primaria y norma secundaria.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1.744; Fecha: 9/08/2007

Desde otro punto de vista, debe señalarse que la estructura lógico-formal de toda norma, sea o no penal, contiene dos componentes fundamentales, a saber: un **SUPUESTO DE HECHO** y una **CONSECUENCIA JURÍDICA**. Lo anterior ha sido resaltado de manera diáfana por LARENZ, quien afirma lo siguiente:

"… la norma jurídica enlaza, como toda proposición, una cosa con otra. Ello asocia al hecho circunscrito de modo general, el supuesto de 'hecho', una consecuencia jurídica, circunscrita asimismo de modo general. El sentido de esta asociación es que, siempre que se dé el hecho señalado en el supuesto de hecho, tiene entrada la consecuencia jurídica, es decir, vale para el caso concreto…" (*Cfr.* LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho.* Primera edición traducida al español. Editorial *Ariel.* Barcelona, 1994, pp. 243, 244).

Específicamente en el caso de las normas sancionadoras que pertenecen al campo del Derecho Penal, es decir, las normas jurídico-penales, a primeras luces, el supuesto de hecho sería la CONDUCTA DELICTIVA, y la consecuencia jurídica sería el DEBER DE IMPONER LA PENA O LA MEDIDA DE SEGURIDAD. Pero es el caso que en este punto no se agota la problemática referida a la conceptualización de la norma penal. En tal sentido, y siguiendo las enseñanzas de MIR PUIG, podría hablarse de la existencia de una NORMA PRIMARIA, y por otra parte de una NORMA SECUNDARIA. La primera está dirigida al CIUDADANO, a los fines de prohibirle la realización de una conducta

dañosa determinada, tal como ¡no matarás! o ¡no robarás!, pero es de resaltar que tal prohibición no se aprecia claramente en la redacción del enunciado legal que exterioriza la norma, sino que viene expresada de forma tácita. Por otra parte, tenemos la NORMA SECUNDARIA, la cual se encuentra dirigida al JUEZ, y que tiene por fin obligar a éste a que imponga la sanción legal respectiva, en caso de que el ciudadano incurra en la trasgresión del mandato prohibitivo que la norma –a través de su enunciado- prescribe.

Un fundamento metodológico de esta afirmación, podríamos encontrarlo en LARENZ, quien afirma lo siguiente:

"…Todo orden jurídico contiene reglas que pretenden que aquellos a quienes dirigen se comporten de acuerdo a ellas. En tanto estas reglas representan, al propio tiempo, normas de decisión, aquellos que han de resolver la eliminación jurídica de conflictos deben juzgar conforme a ellas. La mayor parte de las normas jurídicas son tanto normas de conducta para los ciudadanos como normas de decisión para los tribunales y órganos administrativos. Es característico de una 'regla' en el sentido aquí pensado, en primer lugar, su pretensión de validez, es decir, el sentido a ella correspondiente de ser una exigencia vinculante de comportamiento o de ser una pauta vinculante de enjuiciamiento –su carácter normativo-; en segundo lugar su pretensión de tener validez no sólo precisamente para un caso determinado, sino para todos los casos de tal 'clase' dentro de un ámbito especial y temporal de validez -su carácter general-"(*Cfr.* LARENZ. Ob. Cit., p. 242).

Por otra parte, la sanción establecida en la norma secundaria, debe ser entendida como un comportamiento coercitivo de la autoridad prescrito en normas jurídicas en condiciones de contravención de otras normas jurídicas.

De la anterior definición, pueden extraerse los dos componentes esenciales de las sanciones jurídicas: 1.- Un comportamiento coercitivo de la autoridad (elemento material); 2.- Que tal comportamiento esté dispuesto en una norma jurídica, cuya condición de aplicación sea la transgresión de otra norma jurídica (elemento formal).

A los efectos del caso de autos, sólo interesa el estudio de una de las especies del género de las sanciones, a saber, las penas, en cuya imposición se concreta el ejercicio del *ius puiniendi* del Estado, el cual puede ser motorizado a través del Derecho Penal, o mediante el Derecho Administrativo Sancionador (sobre los fines de las penas, ver sentencia n° 915/2005, del 20 de mayo).

Ahora bien, para una mejor armonización de las categorías que componen la teoría de la norma jurídica, debemos conjugar las nociones básicas de supuesto de hecho y de consecuencia jurídica, con las de norma primaria y norma secundaria. En tal sentido, al analizar cualquier norma jurídico-penal, se perciben fácilmente -a primeras luces- en la redacción del enunciado de ésta, la norma secundaria, siendo el supuesto de hecho de esta última la conducta delictiva, y su consecuencia jurídica el deber de imponer la pena o la medida de seguridad, según sea el caso. Pero no debemos obviar que existe una norma primaria, que aunque expresamente no se encuentre en la redacción del enunciado legal, se encuentra tácitamente inserta en el núcleo conceptual de la norma. Estas normas primarias también tienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El primero sería una situación fáctica y de posible realización por parte del destinatario (ciudadano), y la segunda sería el deber incondicionado de aquél de no materializar tal situación fáctica.

El ejemplo paradigmático es la norma del Código Penal que tipifica el delito de homicidio simple: *"Artículo 405. El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona, será penado con presidio de doce a dieciocho años."* Vemos que en principio dicho enunciado expresa claramente la NORMA SECUNDARIA, en la cual el supuesto de hecho viene constituido por un supuesto hipotético contenido en la frase "el que intencionalmente haya dado muerte", y la respectiva consecuencia jurídica, la cual se encuentra inserta en la frase "será penado de doce a dieciocho años". Pero en esa norma jurídica contenida en el señalado artículo, implícitamente hay un NORMA PRIMARIA destinada al ciudadano, cuyo supuesto de hecho viene dado por la hipótesis fáctica de "dar muerte", y la consecuencia jurídica es el deber dirigido al ciudadano de no materializar esa conducta, es decir, el mensaje ¡no matarás!.

Sobre la importancia que tienen para el Derecho Penal las nociones de norma primaria y de norma secundaria, MIR PUIG enseña:

"...La existencia de las <<normas primarias>> como correlato de las normas <<secundarias>>, en Derecho penal constituye, por otra parte, un presupuesto de toda la teoría del delito, tal como ha sido elaborada por la tradición de la Dogmática jurídica. Como se verá en su momento, toda esta elaboración dogmática arranca de la consideración del delito como infracción de una norma, lo que supone que se opone a una norma dirigida al ciudadano..." (*Cfr.* MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* Quinta edición. Editorial *Reppertor.* Barcelona, 1998, p. 29).

4.5.- Norma de valoración y norma de determinación.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1.744; Fecha: 9/08/2007

Ahondando más en el tema, también resulta necesario, a los efectos de la presente explicación, hacer referencia a las categorías denominadas como NORMAS DE VALORACIÓN y NORMAS DE DETERMINACIÓN, las cuales también forman parte integral de la teoría de la norma jurídico-penal. En tal sentido, vemos que las normas penales implican –tal como se señaló anteriormente- **un imperativo**, el cual se traduce en la prohibición de realizar ciertas conductas; pero a su vez contienen **valoraciones** específicas (juicios de valor), como lo son las valoraciones negativas realizadas sobre determinadas conductas que el Derecho Penal considera como socialmente dañosas, así como también valoraciones positivas de bienes jurídico-penales y otros intereses jurídicos, etc. En el primer supuesto (**imperativos**) nos encontramos ante NORMAS DE DETERMINACIÓN, es decir, normas que imponen un deber específico. En el segundo caso (**valoraciones**), nos encontramos ante NORMAS DE VALORACIÓN, las cuales materializan un juicio de valor sobre determinados elementos. Con relación a la ubicación sistemática de estas dos últimas categorías, cabe afirmar que la norma de valoración (juicio de valor) encuentra su sede lógicamente en la norma primaria, contenida a su vez tácitamente en el núcleo de la norma jurídico-penal; y la NORMA DE DETERMINACIÓN

(imperativo) encuentra su sede tanto en la norma primaria (deber impuesto al ciudadano) como en la norma secundaria (deber impuesto al juez), dado que ambas implican imperativos.

En conclusión, todas estas consideraciones son susceptibles de ser articuladas como un mecanismo que funciona de la siguiente manera: la valoración debe anteceder necesariamente al imperativo, es decir, en primer lugar el Derecho Penal debe valorar (negativamente) ciertas conductas, así como también debe valorar (positivamente) ciertos bienes jurídicos-penales; acto seguido, una vez determinado el carácter dañoso de esas conductas y la importancia de esos bienes jurídicos, debe pasarse a prohibir (norma primaria) al ciudadano dichas conductas en virtud del daño o peligro que pueden representar para esos bienes jurídicos, y establecer el deber para el Juez (norma secundaria) de imponer una pena determinada en caso que el ciudadano infrinja esa prohibición. Todo este complejo de elementos y operaciones lógicas que necesariamente deben concurrir, es lo que le da composición a la norma jurídico-penal.

5. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS PENALES

5.1.- La interpretación de las normas penales[9]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 794, Fecha: 27/05/2011

Ello implica, *"(…) tener en cuenta el fin del derecho, pues lo que es para un fin por el fin ha de deducirse (…)"*, así, el principio general de interpretación de la ley consagrado en el artículo 4 del Código Civil -conforme al cual, **a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador-, resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo,** en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal -Vid. Sentencia de esta Sala Nº 2.152/07-.

Conforme a lo expuesto, la Sala ha señalado que *"(…) la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que GARCÍA DE ENTERRÍA (Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Madrid: Editorial Cívitas, 4° edición. 1994. P. 29), denomina como 'fuentes significativas' del ordenamiento, esto es, lo que el iuspublicismo con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico. Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un*

9. -SSCP-CSJ 238 del 12 de junio de 1990
-SSCP-TSJ 168 del 22 de febrero de 2000
-SSCP-TSJ 240 del 25 de febrero de 2000
-SSCP-TSJ 258 del 3 de marzo de 2000
-SSCP-TSJ 445 del 7 de abril de 2000
-SSCP-TSJ 177 del 9 de abril de 2002
-SSCP-TSJ 141 del 3 de mayo de 2005
-SSCP-TSJ 727 del 19 de diciembre de 2005

sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en lex superior, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial (…)" -Vid. Sentencia de esta Sala Nº 2.152/07-.

5.2.- Interpretación conforme a la constitución

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 379, Fecha: 07/03/2007

"…En congruencia con lo expuesto, resulta ilustrativo citar lo expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA, con respecto al principio de interpretación de conformidad a la Constitución, en el entendido que: *"(…)* ***la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación en el sentido que resulte de los principios y reglas constitucionales como las específicas referentes a la materia que se trate"***, por lo que, estima esta Sala que el previo afianzamiento debe entenderse como requisito indispensable para proceder sólo a la suspensión de la multa, ya que ésta por sí sola, en virtud del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, puede ser ejecutada por la Administración. (Vid. Carlos Molero Manglano y Belén Villalba Salvador, "*La Interpretación de las Normas Laborales II*", Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 45, Editorial Civitas, pág. 12)…"

5.3.- Interpretación Restrictiva

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 3096, Fecha: 05/11/03

Por una parte, dichos solicitantes aparentemente ignoran la vigencia del artículo 34 del Código Penal, del cual, sin excesivo esfuerzo intelectual, puede derivarse respuesta al planteamiento

que contiene su petición;

5.2. Tal como se verá *infra,* la condenación al pago de las costas del proceso puede recaer no sólo sobre quien resulte penado, sino, también, contra el querellante privado e, incluso, sobre el Estado. Tal decisión, por la finalidad de resarcimiento que caracteriza a la obligación que de la misma deriva, tiene una naturaleza de pronunciamiento inequívocamente civil. No obstante ello, el legislador penal, en el citado artículo 34 del Código Penal, la describió, excepcionalmente, como pena accesoria de la principal a la cual sea condenado el reo. Es obvio que tal excepción existe en relación con este último, mas no es extensible a los otros eventuales obligados al pago de las costas, respecto de quienes es indudable que dicha obligación sigue siendo de naturaleza civil. De allí que incurrieron en error los solicitantes cuando entendieron que el referido resarcimiento pueda ser decretado, como pena accesoria, respecto de todas aquellas partes que, de conformidad con el Código Orgánico Procesal Penal sean, eventualmente, sujetos pasivos de la predicha obligación;

5.3. Respecto de la naturaleza civil de la condenación al pago de las costas procesales, la doctrina nacional ha señalado:

"No es justo que los gastos del juicio seguido al culpable de un hecho punible recaigan sobre todos los individuos del grupo social, que no han tomado parte en el delito. Esta disposición establece una obligación justa en forma de pena, por eso no la estima el legislador como sanción civil. **Sin embargo, es una verdadera sanción civil**, y en la mayor parte de las legislaciones se le da ese carácter..." (Mendoza T., José R.: Curso de Derecho Penal Venezolano, Parte General, Tomo III, p. 248);
"Y finalmente otra pena patrimonial de menor importancia, y **que no es propiamente una pena sino una indemnización de carácter civil**, es el pago de las costas procesales..." (Grisanti A. Hernando: Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 13ª Edición, 2001, p. 296) (resaltados, por la Sala);

El régimen de las costas procesales, que, a partir del artículo 274 (ahora, 265), desarrolla el Código Orgánico Procesal Penal, no tiene otra finalidad que no sea la de que quien sea vencido o condenado (acusado, querellante, denunciante, Estado) en el proceso que, por su causa, hubo de instaurarse, contribuya con

los gastos que se generaron con ocasión del mismo, de acuerdo con los conceptos del artículo 275 (hoy, 266) *eiusdem* y la liquidación que se practique, según las respectivas reglas del Código de Procedimiento Civil. Tal régimen legal no viene a ser sino un desarrollo del artículo 133 de la Constitución, conforme al cual *"toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley";* todo ello, sin perjuicio de la aplicación supletoria, en el proceso penal, del beneficio de justicia gratuita que establece el Código de Procedimiento Civil.

Aun cuando el subsistema de justicia penal es, en principio, gratuito, de conformidad con la Constitución y, por desarrollo de la misma, con la Ley de Arancel Judicial, ello no excluye la posibilidad de que se exija, a quien tenga posibilidad de hacerlo, la prestación de la contribución económica que esté dirigida, no a la satisfacción de un propósito de lucro, sino sólo al resarcimiento, aun parcial, de los gastos procesales que a aquél sean imputables. De allí que si la persona resultare absuelta se le exonerará de las costas, por la única razón de que no puede exigírsele el resarcimiento de unos gastos cuya generación fue por una causa que en absoluto sea atribuible a dicha persona. Por otra parte, resulta un contrasentido el alegato de los recurrentes de que las costas se impongan como una pena accesoria dentro de una decisión absolutoria, siendo que es obvio que en ésta no se impone pena principal alguna; entonces, ¿de cuál sanción penal sería accesoria la condenación en costas?

5.4. Se presume que los recurrentes ignoran, igualmente, un principio cardinal, en materia constitucional-penal, cual es el de la legalidad de los delitos y de las penas que establece el artículo 49.6 de la Constitución y que desarrolla el artículo 1 del Código Penal; asimismo, instrumentos internacionales que la República ha suscrito y ratificado, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 9), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXV) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9). Por lo demás, **como las normas penales son, por regla general, de interpretación restrictiva,** debe concluirse que las únicas penas que pueden ser aplicadas a los agentes de ilícitos penales sean las que la ley defina y luego impute, expresamente

y para cada tipo legal en particular. En consecuencia, hay una absoluta interdicción a que se puedan crear penas, *extra legem,* como pretenden los recurrentes, para el caso de la condenación al pago de las costas procesales, que recaiga en sujetos procesales distintos al reo. Y, respecto de éste, la supuesta necesidad de interpretación que alegaron los solicitantes resulta tanto más impertinente y fútil, si se tiene en consideración que la ley contiene una norma expresa (artículo 34 del Código Penal) que describe, como pena accesoria, a la condenación al pago de las costas procesales;

5.5. Las precedentes consideraciones sirven de soporte a esta Sala para instar a todos los miembros del sistema de justicia a la prevención de errores como los que han sido analizados en el presente fallo, los cuales son potencialmente perjudiciales a la concepción de un sistema de administración de justicia –en particular, de la jurisdicción penal- que se concierte con el Estado social de Derecho y Justicia que proclama la vigente Constitución.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 2489, Fecha: 18/12/2006

Ha sido reiterada la doctrina de esta Sala en cuanto a que, en un Estado Democrático, Social de Derecho y Justicia, como el que adopta el artículo 2 de la vigente Constitución, **la literalidad de las leyes no puede interpretarse hacia lo figurado o lo absurdo.**

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 3096, Fecha: 05/11/2003

Como las normas penales son, por regla general, **de interpretación restrictiva, debe concluirse que las únicas penas que pueden ser aplicadas a los agentes de ilícitos penales sean las que la ley defina y luego impute, expresamente y para cada tipo legal en particular.**

5.4.- Normas penales en blanco

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 537, Fecha: 15/04/2005

A la conclusión de que la calificación de ciertas conductas punibles como delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad pueda quedar al criterio del intérprete de la Ley y quede a éste, en consecuencia, la potestad de la decisión sobre en cuáles delitos no prescribe la respectiva acción penal, se opone la doctrina penal que, en su mayoría y consustanciada con el espíritu garantista que impregna al Derecho Constitucional y al Derecho Penal de nuestros días, es contraria a la existencia de los **llamados tipos penales en blanco**; de conformidad, según se afirmó *ut supra,* con la propia garantía fundamental del principio de legalidad que establece el artículo 49.6 de la Constitución, así como a otros derechos fundamentales, tales como el debido proceso y la tutela judicial eficaz, como antes se señaló.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 433, Fecha: 02/03/2006

Basándose en el artículo 460 del Código Orgánico Procesal Penal, los recurrentes denunciaron la infracción, por indebida aplicación, del artículo 56 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, por considerar que la Sala Cuatro de la Corte de Apelaciones incurrió en violación de Ley al subsumir en el tipo penal previsto en dicha norma, los hechos establecidos por el Juzgado de Juicio, cuando tales hechos no revisten carácter penal. Según los recurrentes dicha violación se produjo cuando la recurrida declaró sin lugar la denuncia de infracción del artículo 56 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, contenida en el recurso de apelación interpuesto, por considerar que la decisión del Juzgado de Juicio estaba ajustada a derecho. Agregan que la recurrida, luego de confrontar los hechos dados por probados por el Juzgado de Juicio con el contenido del tipo previsto en el referido artículo, elaboró su propio análisis de dicha norma y estimó que el trabajo de adecuación típica y subsunción realizado por el Tribunal de la causa se encontraba ajustado a derecho.

Los impugnantes, luego de transcribir los hechos establecidos por el Juzgador de Juicio, para fundamentar su denuncia, expresaron:

"…la justificación de la incriminación relativa a las denominadas zonas de seguridad, tiene que ver con el bien jurídico que se protege con la amenaza de sanción penal por este hecho, que no es otro que el bien o valor de la seguridad de la Nación, el cual debe resultar afectado o puesto en peligro por la conducta que se sancione penalmente; peligro en todo caso, corrido efectivamente para ese bien y no simplemente presumido, en razón de la referencia específica al fin que debe evidenciar la actividad realizada en la zona de seguridad. De esta forma, no es suficiente, para aplicar la disposición contenida en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, demostrar que se realizó alguna actividad dentro de la Zona de Seguridad, dirigida a perturbar o afectar el funcionamiento u organización de las instalaciones que en ellas están comprendidas, sino que es imprescindibles que se haya producido, al menos, un peligro real en contra de la seguridad de la Nación, a través de la perturbación o afectación de la organización y funcionamiento de las instalaciones, única manera de afirmar que se ha afectado o puesto en peligro el bien jurídico protegido.
(…)
Ahora bien, en el caso concreto de los hechos que fueron dados por probados por el Juzgado de Juicio y que tomó en cuenta para su decisión la Sala 4 de la Corte de Apelaciones en la decisión recurrida, no se evidencia que la conducta desplegada por nuestro defendido, haya estado dirigida a afectar la seguridad de la Nación y tampoco que haya producido un peligro real a ese bien jurídico protegido por la disposición contenida en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación. … Así las cosas, el Juzgado de Juicio no dio por demostrado que la conducta de nuestro defendido haya puesto en peligro, a través de la perturbación del funcionamiento de la sede de la Comandancia de la Guardia Nacional, la Seguridad de la Nación, circunstancia imprescindible para poder subsumir los hechos así establecidos en el tipo penal previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, por lo que mal podía la Sala 4 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, considerar ajustada a derecho la subsunción de los hechos establecidos en la citada disposición…".

La Sala, para decidir, observa:

Los impugnantes a lo largo del escrito contentivo del recurso de casación lo que plantean es su descontento con la recurrida que confirmó el fallo dictado por el Juzgado de Juicio y pretende que esta Sala conozca a través del recurso de casación de los mismos vicios por ellos denunciados ante esa instancia judicial. En efecto, los recurrentes denunciaron en su recurso de apelación la errónea aplicación del artículo 56 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, señalando en dicha oportunidad que el Juzgado de Juicio incurrió en violación de la Ley al subsumir erróneamente en el tipo penal previsto en la citada norma, los hechos que dio por probados, cuando los mismos, por el contrario, **no configuran el delito establecido en la referida disposición ni tampoco pueden encuadrarse en algún otro tipo penal, es decir, los hechos establecidos no revisten carácter penal.**

Dicha denuncia fue declarada sin lugar por la Sala Nº 4 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, la cual esgrimió las razones de derecho que consideró pertinentes al efecto. Los impugnantes no estuvieron de acuerdo con las razones expuestas por la recurrida para declarar sin lugar la denuncia propuesta, por lo que interpusieron el recurso de casación planteando la misma denuncia que fue objeto de la apelación, pero argumentando que la Corte de Apelaciones también incurrió en los mismos vicios "al confirmar" el fallo del Juzgado de Juicio.

Ha sido jurisprudencia constante de esta Sala de Casación Penal que al interponer el recurso extraordinario de casación, el recurrente, además de expresar su descontento con el fallo que le es adverso (elemento subjetivo), está en el deber de exponer las razones de Derecho (elemento objetivo) que demuestren que la recurrida incurrió en un vicio cuya relevancia amerita su nulidad, por lo que el vicio denunciado debe ser también propio de la sentencia impugnada. La denuncia de infracción del artículo 56 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, interpuesta en el recurso de apelación fue resuelta por la Corte de Apelaciones y la decisión contraria a los intereses de los recurrentes no constituye un motivo de casación.

Como corolario de lo anterior se tiene que la segunda denun-

cia propuesta por la defensa no está debidamente fundamentada y por lo tanto lo ajustado a Derecho es desestimarla, por manifiestamente infundada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal. **Así se declara**.

En atención a lo dispuesto en los artículos 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala ha revisado el fallo impugnado y considera que el mismo está ajustado a derecho y así lo hace constar.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1555, Fecha: 04/12/2012

Esta Sala pasa a examinar las denuncias de inconstitucionalidad presentadas, para lo cual observa que el artículo 31 de la Ley Penal de Ambiente publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.358 Extraordinario del 3 de enero de 1992, dispone lo siguiente:

"Extracción Ilícita de Materiales. El que contraviniendo normas técnicas vigentes y sin autorización de la autoridad competente, extraiga materiales granulares, como arenas, gravas o cantos rodados, será sancionado con arresto de cuatro (4) a ocho (8) meses y multa de cuatrocientos (400) a ochocientos (800) días de salario mínimo".

Al respecto, alegan los recurrentes que la referida disposición violenta el principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 49.6 Constitucional, así como el principio de separación de poderes, consagrado en los artículos 136 y 137 *eiusdem*.

Por su parte, los apoderados judiciales de la Asamblea Nacional en su escrito presentado el 20 de enero de 2009, sostienen que *"(…) de conformidad con la norma impugnada, se evidencia que no dispone que el Ejecutivo Nacional proceda a la creación mediante normas de rango administrativo de delitos y sanciones penales; que en ningún sentido se puede entender que recomienda la determinación de la conducta punible a la autoridad distinta al Poder Legislativo, y menos su resultado, ya que de la lectura*

del artículo que se denuncia se observa que es claro y preciso, y no posee ninguna contradicción o ambigüedad en sus expresiones que puedan dar lugar a interpretaciones como las sustentadas por los recurrentes, o exista alguna conexión entre ellas que permita considerar, en la materia objeto de nuestro interés, que las normas técnicas y las sanciones para los sujetos que procedan extraer materiales de los clasificados en el artículo impugnado".

Precisados los argumentos del actor, así como del Órgano Legislativo Nacional, la Sala estima que el asunto de fondo se contrae a evaluar si la norma impugnada violenta *"(…) los principios de legalidad, tipicidad de separación de poderes",* consagrados en el Texto Constitucional.

Ello así, encontrándonos frente a una causa de larga data, a efectos de la integralidad del fallo se considera oportuno ratificar la decisión N° 1.497 dictada por esta Sala el 17 de julio de 2007, mediante la cual declaró que no opera la perención, *"(…) al evidenciarse el carácter tanto penal como ambiental de la Ley Penal del Ambiente (…)".*

Ahora bien, preliminarmente debe esta Sala destacar que el 2 de mayo de 2012, se publicó en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.913, la Ley Penal del Ambiente, en la cual se derogó la Ley Penal del Ambiente, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.358 Extraordinario del 3 de enero de 1992, de manera que se suprimieron la totalidad de las normas en ella contenidas.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Sala admite que, en dos casos, persiste el interés en declarar la inconstitucionalidad de un texto derogado: (i) cuando la norma impugnada se trasladó a un nuevo texto, que sí esté vigente y, (ii) cuando, aun sin ese traslado, la disposición recurrida mantiene sus efectos en el tiempo (Vid. entre otros, sentencias de esta Sala Nros. 1.397 del 21 de noviembre de 2000, caso: *"Heberto Contreras Cuenca";* 1.588 del 19 de diciembre de 2000, caso: *"Isabel Cecilia Delgado de Rodríguez";* y 3.311 del 1 de noviembre de 2005, caso: *"FEDEAGRO").*

Conforme a lo anteriormente expuesto, si bien la norma impugnada no fue trasladada al nuevo texto legal, la misma creó

efectos y mantiene vigencia en el caso de marras, toda vez que contra los hoy recurrentes existen causas penales aún pendientes de decisión, motivo por el cual se estima que en el caso de autos se mantiene el objeto de la acción.

Aclarado el anterior punto, para analizar el caso de autos la Sala debe partir de las siguientes premisas:

En casos similares al planteado, esta Sala ha fijado las reglas que rigen el proceso de interpretación que exige estos procedimientos de naturaleza objetiva, haciendo énfasis en la llamada técnica de *"interpretación conforme a la Constitución",* que encuentra su fin último en la preservación del orden normativo a través de la armonización de los preceptos legales con la Constitución.

En tal sentido, en sentencia N° 2.855 del 20 de noviembre de 2002 (caso: *"Federación Nacional de Ganaderos (FEDENAGA)"*), la Sala destacó, como lineamiento de su labor interpretativa, que entre diversas interpretaciones posibles de una norma legal, deberá prevalecer aquella que mejor se adapte al sentido de la norma fundamental, sin que ello devenga en una infracción de orden constitucional o que su interpretación ofrezca dudas razonables. En esa oportunidad, la Sala afirmó:

"Puede ocurrir, sin embargo, que el texto de una determinada disposición normativa se halle, en efecto, conforme a la Constitución, pero sólo en tanto se le interprete de una determinada manera. Es lo que se alude como el principio hermenéutico favor constitucione, conforme al cual, cuando surjan dudas acerca de la incompatibilidad de un dispositivo legal con la Constitución o se intuya la existencia de un conflicto normativo, el operador jurídico debe proceder a la interpretación de aquél en el sentido que se adecue al texto constitucional, logrando la armonía del sistema a través de su labor exegética sin permitir su nulidad; no se trata de erigirse en 'legislador negativo', lo importante es asumir una interpretación de acuerdo con los principios y valores que la Constitución expresa.

El principio de la constitucionalidad de las leyes, que no sólo se limita a la afirmación formal de que la Ley se tendrá por vá-

lida hasta cuando sea declarada inconstitucional, implica además: la confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios constitucionales; la seguridad de que la ley no será declarada inconstitucional sino cuando exista insalvable contradicción con la Constitución; y siempre que existiendo la posibilidad de que la amplitud para interpretar la ley se preste a una inconstitucional (sic), hay que presumir que sea 'razonablemente posible' que el Legislador ha sobreentendido que la interpretación correcta será aquella que permita a la misma mantenerse dentro de los límites constitucionales (García de Enterría, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Pág. 96")".

Este enfoque presupone una labor dirigida a la integración de la norma en el ordenamiento constitucional, partiendo de su consideración como un conjunto sistemático y orgánico, para lo cual el intérprete deberá, en tanto ello sea compatible con la norma fundamental, preservar la vigencia y eficacia de la norma legal -en tanto se presuma su constitucionalidad- y adminicularla de forma coherente y homogénea al sistema que le sirve de base. Esta interpretación deberá hacerse de forma armónica con los principios rectores contenidos en la Carta Magna y siempre que tal labor no desvíe el verdadero significado de la norma legal examinada ante la jurisdicción constitucional, pues su falta de concordancia o la falta de adecuación del precepto normativo a la Constitución, deviene forzosamente en su nulidad por inconstitucionalidad (Vid. Sentencia de la Sala N° 934 del 9 de mayo de 2006).

El anterior método se inserta dentro del deber de asegurar la integridad de la Constitución -imperativo recogido en el artículo 334 de la Carta Magna- y permite a esta Sala, en tanto supremo y último intérprete del ordenamiento constitucional conservar la legitimidad de las normas legislativas o cualquier otro precepto normativo de igual rango, que se ajustan al orden primario y declarar la nulidad de aquellas cuya aplicación comporta una contradicción o disminución de los principios, valores y normas del Texto Constitucional.

A partir de esta premisa interpretativa, pasa la Sala a verificar si la norma acusada se aparta o no de lo dispuesto por el Constituyente, para lo cual observa lo siguiente:

La Ley Penal del Ambiente de 1992, fue dictada en ejecución de un mandato expreso de la Ley Orgánica del Ambiente de 1976, la cual en su artículo 36 disponía que debían dictarse las normas penales adecuadas en garantía de los bienes jurídicos tutelados por dicha ley.

Junto al mandato de la Ley Orgánica del Ambiente, se encuentran los movimientos mundiales a favor de la protección ambiental, en respuesta a los hechos que atentan contra un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que impulsaron que se dictara la Ley Penal del Ambiente en el año 1992, para así, a través de las penas, crear conciencia de que las amenazas contra el ambiente suponen un ataque contra un derecho fundamental, en el entendido que el bien jurídico tutelado es vital para la subsistencia humana, por lo que la aplicación de las sanciones iban dirigidas a resguardar en última instancia a la sociedad.

Este instrumento jurídico, se presenta como una herramienta destinada a contener las agresiones y amenazas contra el ambiente, pero sin perder el objetivo principal de coadyuvar a la prevención de los daños al mismo, es decir, no se agota simplemente en sanciones de privación de libertad, sino que pretende señalar un camino conservacionista.

Entonces, el objeto fundamental de la Ley Penal del Ambiente es tipificar como delitos aquellos hechos que violen las disposiciones relativas a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, estableciendo las sanciones penales correspondientes, así como las medidas precautelativas de restitución y reparación, pues los daños y agresiones ambientales no conocen fronteras, tanto así que la contaminación generada en un país a la larga afecta a los demás.

Es así, como en la exposición de motivos de la Ley Penal de Ambiente, promulgada el 3 de enero de 1992, el legislador señaló que el derecho penal *"(…) como ciencia preventiva y sancionadora en última instancia y a su vez principal renovador de sus principios, ya que a él le corresponde la guarda de los intereses más caros de la comunidad y sólo renovándose podrá continuar cumpliendo sus fines en medio de una sociedad, cuyo modelo agresivo de relacionarse con el ambiente, amenaza con destruir las bases sobre la cual se erige el actual esquema civilizatorio*

(...)”.

Ello así, esta Sala estima conveniente destacar que con el fin de regular la explotación y extracción de cierto tipo de materiales mineros, en ejercicio de la atribución conferida por la Ley Orgánica del Ambiente de 1976, el Presidente de la República de Venezuela, el 23 de abril de 1992 dictó el Decreto N° 2.219, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.418 Extraordinario, del 27 de abril de 1992, denominado *“NORMAS PARA REGULAR LA AFECTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES ASOCIADA A LA EXPLORACIÓN Y EXTRACCIÓN DE MINERALES”.*

Este Decreto N° 2.219 se promulgó con el objeto de establecer los requisitos para obtener autorizaciones y aprobaciones para la afectación de los recursos naturales renovables, así como los lineamientos que permitan controlar las actividades de exploración y *“(...) extracción de minerales metálicos y no metálicos a cielo abierto, a los fines de atenuar el impacto ambiental que puedan ocasionar tales actividades”.*

En este sentido, conviene destacar que dicho Decreto señala lo siguiente:

Artículo 5: *“Las personas naturales o jurídicas que pretendan realizar exploraciones o extracciones de minerales metálicos y no metálicos, deberán obtener ante el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, las correspondientes autorizaciones para la ocupación del territorio y para la afectación de los recursos naturales, de acuerdo a las leyes que rigen la materia”.*

Artículo 6: *“Para obtener la autorización para la ocupación del territorio, a los fines de realizar actividades de exploración del tipo I, permanentes y artesanales, el interesado deberá dirigir la correspondiente solicitud a la Dirección Regional del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables de la jurisdicción”.*

Artículo 7: *“En los casos de exploración o de extracción del tipo II, los Ministerios de Energía y Minas o de Transporte y Comunicaciones, según sea el caso, solicitarán al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables la respectiva aprobación para la ocupación del territorio, como condición previa para conceder el correspondiente contrato o concesión minera”.*

Artículo 8: *"Las autorizaciones a que se refiere el artículo 53 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, se entenderán otorgadas en aquellos casos en que el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables haya impartido la respectiva aprobación para la ocupación del territorio al Ministerio de Energía y Minas o al Ministerio de Transporte y Comunicaciones".*

Artículo 46: *"Las autorizaciones y aprobaciones previstas en este Decreto serán otorgadas por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, sin perjuicio de la intervención que pudiere corresponder a los organismos encargados del control de la ejecución de planes sectoriales y de aprovechamiento de los recursos naturales, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio".*

Ahora bien, de la lectura de los citados artículos del Decreto N° 2.219 del 23 de abril de 1992, aplicables *rationae temporis* al caso de autos, se advierte que en los mismos se establece la obligación para las sujetos que desarrollen las actividades de exploración y extracción de minerales metálicos y no metálicos, de solicitar la autorización y aprobación para ocupar el territorio y proceder al desarrollo de la actividad.

Entonces, se observa que tanto la Ley Orgánica del Ambiente de 1976, así como el Decreto N° 2.219, contienen, la primera, los principios rectores en materia ambiental, y el segundo, los requisitos para las autorizaciones para el desarrollo de actividades de exploración y extracción de minerales metálicos y no metálicos, sin embargo el incumplimiento de los mismos acarrea la aplicación de las sanciones previstas en la Ley Penal del Ambiente de 1992.

En el caso bajo estudio, la norma cuya nulidad se solicita establece una sanción de arresto de cuatro a ocho meses y multa de cuatrocientos a ochocientos días de salario mínimo, en caso de que se extraigan materiales granulares, como arenas, gravas o cantos rodados, sin autorización y contraviniendo las normas técnicas vigentes.

Ello así, siendo el entonces Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, actualmente Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, la autoridad encargada de otor-

gar las autorizaciones necesarias para el desarrollo de las actividades de exploración y extracción de minerales metálicos y no metálicos, en caso de proceder en forma contraria a ello (actuar sin autorización), se produce la consecuencia jurídica contenida en el artículo 31 cuestionado; es decir, la sanción prevista en la norma analizada, contenida en la Ley penal especial, se aplica cuando se produce la conducta social vulneradora de un mandato o prohibición jurídica.

En este sentido, se advierte que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 127 establece como deber del Estado, la protección del medio ambiente, obligación que debe estar orientada a involucrar activamente la participación ciudadana.

Ello así, el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente de 1992, se subsume automáticamente al ordenamiento constitucional, tal como se puede observar en varias disposiciones constitucionales, como por ejemplo, el artículo 156.16 que establece, entre otras competencias otorgadas al legislador, *"El régimen y administración de las Minas e Hidrocarburos (…), la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país";* y en igual sentido, el artículo 129 constitucional, indica que: *"Todas las actividades susceptibles de generar daño a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudio de impacto ambiental y socio cultural (…)".*

Asimismo, debe destacarse lo dispuesto en el artículo 131 Constitucional, que establece como deber fundamental de las personas *"(…) cumplir y acatar la Constitución, las leyes y demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público".*

En virtud de lo anterior, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico toma en consideración un conjunto de medidas, consagradas por la Constitución, dirigidas a limitar la actividad y los derechos de los particulares, bien mediante prohibiciones, bien regulando las manifestaciones de determinadas actividades, con el fin de conservar un medio ambiente sano para el disfrute de todos los venezolanos y venezolanas, de las futuras generaciones.

En tal sentido, el constituyente de 1999, en procura de garantizar ese conjunto de medidas, consagradas ahora en la Carta Magna promovió lo necesario para mantener la protección del equilibrio ecológico, lo cual logró mediante el impulso de los derechos y deberes en materia ambiental. Es así como el Estado, garantiza un desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable, a través de una política de ordenación del territorio que atiende las exigencias del país que, por ende, debe contar con la participación ciudadana.

De allí que las normas contenidas en la Ley Penal del Ambiente de 1992, como bien se han de entender, se dictaron a objeto de combatir infracciones al orden establecido, conformándose para ello un sistema normativo en el cual se disponen sanciones o penas o modo de retribución por el daño cometido a causa de haber conculcado sus disposiciones.

En este sentido, se estima que el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente de 1992, se dictó a los fines de penalizar las actividades que puedan generar daño al ecosistema, siendo requisito indispensable para el debido control por parte de la administración, que las personas deban cumplir con las disposiciones administrativas que de conformidad con el Decreto 2.219 eran obligatorias para el momento en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la causa penal seguida contra los hoy recurrentes, para los sujetos que realizaban la actividad que él reglamenta, esto es, solicitar las debidas autorizaciones y cumplir con las normas técnicas ante la autoridad competente para poder ejercerla.

Frente a la afirmación de los recurrentes que el dispositivo legal es violatorio de los principios de legalidad y tipicidad, debemos señalar que en materia ambiental, la Administración adopta un sistema preventivo de medidas para que no llegue a producirse la infracción, operando antes de que se ataque al orden ambiental, siendo esta *ratio legis* o razón de la Ley, conforme a la cual fue dictado el Decreto N° 2.219, fundamentándose para ello en los artículos 4, 19, 20 y 21 de la Ley Orgánica del Ambiente de 1976, en concordancia con los artículos 49, 50, 53, 54 y 76 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983, dirigido a proteger la materia ambiental, al establecer las normas mediante las cuales los particulares deben cumplir

con los requisitos allí señalados, a los fines de obtener las autorizaciones y aprobaciones necesarias para realizar la actividad correspondiente, y con el objeto de que la autoridad administrativa la controle, teniendo como resultado atenuar el impacto ambiental que puedan ocasionar tales actividades.

Entonces, de la lectura del Decreto N° 2.219 se desprende que el mismo no dispone sanción alguna para el incumplimiento, por parte del administrado, de solicitar las autorizaciones ante la autoridad competente, sino que tal situación le correspondía ser resuelta por el entonces artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente de 1992, recurrido en el presente caso.

En virtud de lo anterior, en relación con el contenido del artículo impugnado, y sin acudir a mayores consideraciones conceptuales, se advierte que el legislador en ningún momento ha violado el principio de legalidad y tipicidad establecido en el numeral 6 del artículo 49 de la norma fundamental, ya que la entonces autoridad competente, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, ahora Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, tiene atribuciones conferidas por ley, para preservar el ambiente en todo el territorio nacional.

Por lo antes expuesto, se hace necesario destacar que para interpretar correctamente una disposición legal, en este caso el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente de 1992, es necesario concatenarla con las normas integrantes del ordenamiento jurídico que, aún contenidas en leyes diferentes, regulan la misma materia o materias afines.

En este sentido, no cabe alegar el desconocimiento de la existencia de una norma, ya que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, en tanto que cuando alguien transgrede la advertencia punitiva, se origina un hecho que violenta el ordenamiento jurídico, y por ello debe el legislador establecer una descripción legal, para el caso de que se realice y, en el presente caso, el legislador estableció el tipo penal y la pena correspondiente en el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente de 1992, en concordancia con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ambiente de 1976 y en el Decreto 2.219.

De ahí, que con base a lo anteriormente expuesto, y visto que el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.358 Extraordinario del 3 de enero de 1992, no resulta violatoria los derechos garantizados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional declara sin lugar el recurso de nulidad interpuesto por los ciudadanos Ernesto Rafael Pineda Hernández y William Corkern Beauperthuy. Así se decide.

En virtud del anterior pronunciamiento, se dejan sin efecto las medidas cautelares innominadas acordadas por esta Sala el 8 de julio de 2003 y el 10 de diciembre de 2004. Así se decide.

5.5.- Integración de la ley penal

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 3256, Fecha: 28/10/2005

"…En el caso bajo examen se puede apreciar que la Corte de Apelaciones erró no sólo en la fundamentación de la declaratoria de temeridad manifiesta de la acción de amparo, sino también en el procedimiento a seguir para imponer la sanción respectiva, toda vez que a tal efecto, en base a lo dispuesto en los artículos 103 del Código Orgánico Procesal Penal, y 607 del Código de Procedimiento Civil, fijó una audiencia *(a realizarse un día después de la publicación del texto íntegro de la decisión)*.

Así pues, si bien para estimar la mala fe o la temeridad de alguno de los litigantes en un proceso penal, y, en caso de ser verificada alguna de éstas, para imponer la sanción contenida en el artículo 103 del Código Orgánico Procesal Penal, es ajustado a Derecho aplicar supletoriamente el procedimiento establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, no es acertado seguir tales etapas al efecto de aplicar la sanción prevista en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues la misma tiene lugar en un contexto distinto al que tiene lugar con relación a la sanción prevista en el artículo 103 del Código Orgánico Procesal Penal, y no sólo busca preservar la buena fe en la actuación de los intervinientes en el proceso de amparo, sino, y sobre todo, hacer viable esta cardinal vía procesal para proteger los derechos y

garantías constitucionales *stricto sensu(vid. Decisión N° 492, del 31 de mayo de 2000, caso: "Inversiones Kingtaurus, C.A"),* al librarla de incontables pretensiones manifiestamente infundadas que colmarían inescrupulosamente los tribunales, con fines totalmente ajenos al logro de la Justicia, y que harían colapsar el Sistema de Justicia en este elemental contexto.

En efecto, si bien es ajustado a derecho oír oportunamente al afectado antes de imponerle la sanción prevista en el artículo 103 del Código Orgánico Procesal Penal, y permitirle ofrecer, dentro de un lapso breve y perentorio, las pruebas que quiera aportar a los efectos de ejercer su derecho a la defensa frente a la probable imposición de la precitada sanción que tiene lugar en el curso del proceso penal, no es menos cierto que la sanción prevista en el artículo 28 de la Ley especial que regula la materia de amparo constitucional, pasible de imposición a los accionantes que interpongan solicitudes de amparo manifiestamente infundadas, tiene lugar, lógicamente, luego de haber sido presentada tal pretensión, y, más específicamente, luego de haber entrado a conocer el mérito de la misma *(cuestión que advierte la frase "cuando fuese negado el amparo …"),* la cual, como ya lo ha señalado la Sala, "*(…) además de los elementos prescritos en el (…) artículo 18* [Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías constitucionales]*, deberá también señalar (…) las pruebas que desea promover, siendo ésta una carga cuya omisión produce la preclusión de la oportunidad (…)" (decisión N° 7, del 1 de febrero de 2000, caso: "José Amado Mejía"),* todo lo cual le permite al juez constitucional, no sólo apreciar de forma global y sustancial el entorno que rodea la acción de amparo interpuesta, sino también, fundar suficientemente su criterio sobre la temeridad de la misma que ha sido negada, e imponer <u>en ese mismo momento</u> *(no en otra oportunidad o audiencia posterior, como sucedió en el caso de autos),* la sanción prevista en el precitado artículo 28, a la cual bien sabe el accionante que está expuesto al acudir a la demanda del amparo constitucional, vía que debe ser protegida a los efectos de evitar que innumerables acciones de amparo temerarias impidan alcanzar suficientemente los fines pretendidos con esa noble institución, de allí que, en todo caso, siempre que fuese negada la solicitud de amparo, el juez tiene el insoslayable deber de pronunciarse sobre la temeridad de la misma, y cuando aprecie que la misma es manifiesta, podrá imponer la antedicha sanción, con la cual, como se vislumbra de lo señalado *ut supra*,

se busca preservar la incolumidad de esta trascendental vía de tutela de derechos y garantías constitucional. Así de declara.

De lo anterior, aunado, o mejor aun, vinculado a los principios de sumariedad, brevedad del amparo y, en general, principio de celeridad procesal, se desprende la justificación de la inexistencia de un procedimiento que vaya más allá de lo consagrado en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a los efectos de imponer la sanción allí prevista en casos de acciones de amparo manifiestamente temerarias y, por ende, la improcedencia de convocar a una nueva audiencia a los efectos de imponer la referida sanción, como erradamente lo hizo la Sala N° 25 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Nueva Esparta, en el caso de autos. Así de declara.

Por otra parte, en virtud, en primer lugar, de las alusiones realizadas en el caso de autos por la mencionada Corte de Apelaciones, con relación a lo dispuesto en el artículo 103 Código Orgánico Procesal Penal, en segundo lugar, de las afirmaciones realizadas por esta Sala entorno al mismo, y, por último, de la ausencia de procedimiento expreso y específico revestido de todas las garantías procesales de rigor para estimar y sancionar la mala fe o la temeridad de alguno de los litigantes dentro del proceso penal *(no es suficiente oír al posible afectado antes de imponer la sanción, existen otras dimensiones inherentes al debido proceso y, específicamente, al derecho a la defensa que deben garantizarse, como, por ejemplo, la relativa a la promoción de pruebas, entre otras)*, y en aras de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales *(artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)*, especialmente en casos como este *(referidos a la aplicación de una sanción en virtud de la mala fe o temeridad de alguna de las partes en el curso del proceso penal)* en los cuales se advierte la posibilidad inminente de afectación de derechos de la parte cuya posible actuación de mala fe o temeraria es asomada por el juez, esta Sala estima necesario pronunciarse al respecto, para lo cual debe recurrir a la integración del Derecho, específicamente a uno de los métodos, a saber, la autointegración.

Con relación a tal labor integradora, esta Sala en su decisión N° 3027, del 14 de octubre de 2005, caso "César Armando

Caldera Oropeza", citó los criterios que se trascriben a continuación:

"A decir de Larenz, las normas jurídicas, contenidas en la ley, no están simplemente unas al lado de otras, sino que están relacionadas entre sí de diferente modo y sólo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. El ordenamiento jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones (Larenz, Karl: Metodología de la Ciencia del Derecho. Ariel, Barcelona, 1994, páginas 257-258).

Como lo señala ese autor, 'si bien la interpretación de la ley constituye la tarea inmediata de una Jurisprudencia encaminada a la praxis jurídica, sin embargo la Jurisprudencia nunca se ha agotado ahí. Siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; con otras palabras, que toda ley, inevitablemente tiene 'lagunas' [al menos en ese sentido]. Asimismo se ha reconocido desde hace tiempo la competencia de los tribunales para colmar las lagunas legales (...) ***La interpretación de la ley y el desarrollo del Derecho no deben verse como esencialmente diferentes, sino sólo como distintos grados del mismo proceso de pensamiento. Esto quiere decir que ya la simple interpretación de la ley por un tribunal, en tanto es la primera o se aparta de la interpretación anterior, supone un desarrollo del Derecho, aunque muchas veces el tribunal todavía no es consciente de ello; así como, de otra parte, el desarrollo judicial del Derecho que rebasa los límites de la interpretación se sirve constantemente de métodos 'interpretativos' en sentido amplio. Hemos señalado como límite de la interpretación en sentido estricto el posible sentido literal. Un desarrollo del Derecho más allá de este límite llevado metódicamente, pero todavía en el marco del plan original, de la teleología de la ley misma, es interpretación de lagunas, desarrollo del Derecho inmanente a la ley; un desarrollo del Derecho todavía más allá de ese límite, pero dentro del marco y de los principios directivos de todo el orden jurídico, es desarrollo del Derecho superador de la ley' (Ibídem, página 359-360).'***

Según 'Bobbio, 'Un ordenamiento jurídico puede completarse recurriendo a dos métodos que podemos llamar, siguiendo la ter-

minología de Carnelutti, de heterointegración y de autointegración. El primer método consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamientos diversos; b) recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley, en el ordenamiento que hemos examinado). El segundo método consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante' (Bobbio, Norberto: Teoría General del Derecho. Sexta reimpresión, Debate, Madrid, 1999, página 242)"

En el aspecto *sub examine*, dadas sus características, nos limitaremos a realizar una expresa labor de interpretación de una falta de previsión específica del Código Orgánico Procesal Penal, a la cual llega ahora esta Sala como resultado de aproximaciones anteriores sobre este punto en específico *(vid. Sentencias Nros. 645 y 2805 del 28-04-05 y 14-11-2002)*, y, en definitiva, se realizará una labor de autointegración del Derecho.

En efecto, ante la ausencia de procedimiento expreso y específico revestido de todas las garantías procesales de rigor para estimar la mala fe o la temeridad de alguno de los litigantes en un proceso penal, y, en caso de ser verificada alguna de estas, para imponer la sanción contenida en el artículo 103 del Código Orgánico Procesal Penal, debe realizarse una expresa labor integradora de nuestro Derecho, la cual lógicamente tiene cabida en el caso del Código Orgánico Procesal Penal, texto normativo que si bien omitió establecer expresamente una disposición que consagre la supletoriedad general del Código de Procedimiento Civil *–pues difícilmente un cuerpo normativo se baste así mismo-*, tal y como certeramente lo hacía el Código de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 20, no es menos cierto que el mismo, además de establecer una disposición remisiva específica a ese texto normativo en su artículo 551, no escapa a la previsión normativa contenida en el artículo 4 del Código Civil, cuyo Preámbulo consagra una serie de normas, vestigios del antiguo Derecho Común, en el cual, como se sabe, el Derecho civil era el protagonista.

Atendiendo tal remisión, podemos observar que por vía de supletoriedad, el procedimiento previsto en el artículo 607, Títu-

lo III del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, constituye el remedio procesal más armónico y adecuado para corregir el defecto señalado en el párrafo anterior, de allí que, entre otros aspectos que se desarrollarán a partir de la dinámica judicial, para estimar la mala fe o la temeridad de alguno de los litigantes en un proceso penal, y, en caso de ser verificada alguna de estas, para imponer la sanción contenida en el artículo 103 del Código Orgánico Procesal Penal, deberá seguirse el procedimiento previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil (1987). Así se declara...”

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1184, Fecha: 22/09/09

“...Con relación al contenido de los artículos 42, 48 parágrafo segundo, 170 y 178 de la Ley Orgánica Procesal del de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, permiten al juez imponer la sanciones respectivas en caso de verificar la materialización de los supuestos contenidos en ellas, ya sean sanciones pecuniaria o, eventualmente, pena de arresto.

A pesar de su configuración y características, las normas impugnadas, antes referidas, instrumentalizan suficientemente, desde la perspectiva constitucional, el procedimiento contenido en aquel, en el sentido de señalar, al menos expresamente, algunos pasos tendientes a garantizar expresamente la tutela de ciertas garantías judiciales, entre las que destaca, fundamentalmente, el derecho a la defensa.

Así pues, por ejemplo, si bien no es necesario ni correcto que en esa disposición el legislador haya hecho alusión al derecho a la presunción de inocencia, el cual se supone debe ser tenido en cuenta en normas y procedimientos como estos, no es menos cierto que, según se desprende de la doctrina de esta Sala *(vid. sentencias N° 1.212 del 23 de junio de 2004 y N° 3.256 del 28 de octubre de 2005)*, sí era necesario que se señalara expresamente que, para imponer la sanción pecuniaria contenida en ella, es necesario desplegar algunos pasos y, en fin, desarrollar un proceso breve creado con el fin de garantizar suficientemente el derecho a ser oído y, en fin, el derecho a la defensa.

En otras palabras, si bien no era acertado que el legislador repitiera en los artículos 42, 48 parágrafo segundo, 170 y 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el enunciado de los derechos respectivos que ya está previstos en nuestra Constitución *(derecho a la defensa, al debido proceso, etc.)*, los cuales se supone deben servir de criterio de creación e interpretación del resto del ordenamiento jurídico, no es menos cierto que, en aras de tutelar eficazmente el derecho a la defensa y procurar un nivel suficiente de seguridad jurídica, debió instrumentalizar *–expresamente-* lo relativo a la imposición de la sanción *-pecuniaria-* aplicable a las partes, sus apoderados o terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe, debió señalar al juez que para determinar la responsabilidad de los sujetos pasibles de sanción, es necesaria la apertura de un procedimiento que permita a aquellos exponer sus argumentos e, incluso, ofrecer los medios de pruebas tendientes a desvirtuar su posible conducta temeraria o maliciosa.

En tal sentido, si bien esta situación representa una laguna o vacío legal, la misma amerita un desarrollo, al menos por ahora, judicial, labor que, como lo ha asumido esta Sala, convoca una labor integrativa dirigida a colmar la “laguna” parcial que en él se presenta, lo que exige, ante todo, la integración del ordenamiento jurídico (en este caso, la autointegración del mismo).

En tal sentido, a fin de integrar la laguna antes advertida, vista la ausencia de procedimiento expreso y específico revestido de todas las garantía procesales de rigor para imponer la sanción pecuniaria y, eventualmente, de arresto, contenidas los artículos 42, 48 parágrafo segundo, 170 y 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es criterio vinculante de esta Sala, que el juez laboral debe aplicar a tal efecto, el procedimiento previsto en el Título V del Código Orgánico Procesal Penal, referido al Procedimiento de Faltas, garantizando, de esta manera, el debido proceso y demás derechos constitucionales que asisten a los sujetos pasibles de sanción, y, como lo establece el artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, “...*teniendo en cuenta el carácter tutelar de derecho sustantivo y adjetivo del derecho del trabajo, cuidando que la norma aplicada por analogía no contraríe principios fundamentales establecidos en la presente Ley*”. Así se declara...”.

6.- *VALIDEZ PERSONAL, TEMPORAL Y ESPACIAL DE LA LEY PENAL*

6.1.- Validez Personal de la Ley Penal

6.1.1.-Principio de Igualdad

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Constitucional
Nº 266. Fecha: 17/02/2006
Igualdad

Sobre el principio de igualdad ante la Ley esta Sala ha sostenido reiteradamente lo siguiente:

"…omissis…
*…**el referido artículo [21 constitucional] establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.***
Esta Sala ha sostenido con anterioridad que el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación- (vid. sentencia n° 898/2002, del 13 de mayo). En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos (vid. GUI MORI, Tomás. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ÍNTEGRA 1981-2001. Tomo I. Editorial Bosch. Bar-

celona, 2002, p. 332). Lo que podría resumirse en dos conclusiones: "No asimilar a los distintos, y no establecer diferencias entre los iguales".

De igual forma, esta Sala ha reconocido en varios fallos, que el respeto al principio o derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación es una obligación de los entes incardinados en todas las ramas que conforman el Poder Público, de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho y que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria. (vid. sentencias 536/2000, del 8 de junio; 1.197/2000, del 17 de octubre; y 1.648/2005, del 13 de julio).

Tomando en consideración esta última afirmación, debe señalarse que dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley strictu sensu, también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley (vid. GUI MORI. Ob. Cit., p. 331).

A mayor abundamiento, y con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos de esta rama del poder público -a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento es susceptible de conllevar a la movilización del aparataje de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la ley correspondiente,

sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad... *Omissis...” (Vid. sentencia N° 266, del 17 de febrero de 2006, caso: José Joel Gómez Cordero”).*

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 486, Fecha: 24/05/2010

“...el derecho que tienen las personas a ser tratadas de modo igual, comúnmente está asociado a la prohibición de llevar a cabo prácticas discriminatorias, que es lo que se propugna mediante o a través de los tratados internacionales, las Constituciones y las leyes especiales; sin embargo, estas normas e instrumentos a veces no son suficientes para equilibrar las marcadas diferencias entre ambos sexos; en virtud de circunstancias y situaciones legitimadas por el orden patriarcal –existente en muchas sociedades y culturas humanas, entre ellas la nuestra- que asignaba a los hombres un papel de predominio cultural y social en relación a las mujeres y que justifica la violencia como estrategia para su ejercicio, por lo cual se hace necesario crear nuevos marcos jurídicos que procuren la protección de las mujeres a través de un sistema de garantías para la efectiva igualdad de los derechos.

En tal sentido, se aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la cual define -en el artículo 1.1.- la discriminación contra la mujer en los términos siguientes:

“*A los efectos de la presente Convención la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”.

En este orden de ideas, es menester precisar que, efectivamente, la Constitución de la República propugna la igualdad y

la preeminencia de los derechos humanos, entre sus principios fundamentales y valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado (artículos 1 y 2).

En atención a tales enunciados, el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela previó lo siguiente:

"*Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:*

1. ***No se permitirá discriminaciones*** *fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de toda persona.*
2. ***La ley garantizará las condiciones*** *jurídicas y administrativas* ***para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva****;* ***adoptará medidas positivas*** *a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables, protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

(omissis)" (resaltado del presente fallo).

De lo anterior se colige que la disposición constitucional en el cardinal 1, establece una prohibición expresa y absoluta de las discriminaciones, y en atención a ello, en el cardinal 2, preceptúa una garantía de igualdad a través de la adopción de **medidas positivas**, estableciendo condiciones jurídicas y administrativas, con el fin de que la misma sea real y efectiva.

Así pues, con el fin de lograr un verdadero equilibrio y asegurar efectivamente la igualdad tanto de ***iure*** y como de facto entre hombres y mujeres, que se había menoscabado –como se apuntó ***supra***- por la existencia de patrones culturales ligados a la socialización y a la imperfecta educación de género, que proyectaba desigualdad social (al respecto vid. SSC Nº 229 del 14 de febrero de 2007), en Venezuela se promulgó la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, ajustándose al marco del Estado Democrático y Social de Dere-

cho y de Justicia (artículo 1 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia).

Así las cosas, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, conforme al artículo 21.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se adoptó un conjunto de **medidas positivas** a favor de las mujeres, denominadas por una parte de la doctrina jurídica como discriminación inversa o en positivo, que no es más que la necesidad de vincular el derecho a no ser discriminado con la obligación de implementar políticas de inclusión de individuos considerados diferentes, pretendiéndose paliar situaciones de desigualdad.

Ciertamente, la discriminación inversa conlleva acciones positivas, que pueden caracterizarse en general como aquellas medidas que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades; favoreciendo a personas pertenecientes a un grupo históricamente discriminado.

En este orden de ideas, la doctrina ha señalado que la discriminación inversa contiene dos elementos importantes: (1) no está sujeta en absoluto a ninguna motivación social despectiva o minusválida, ni que se pueda asemejar a ella; (2) su finalidad es, y debe ser, efectivamente, conseguir una situación social más igualitaria entre grupos injustamente discriminados; y (3) su objeto no afecta nunca derechos básicos.”

6.1.1.1.-Antejuicio de mérito. Naturaleza jurídica y objeto del antejuicio de mérito.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 233, Fecha: 11/03/2005

En el caso sub lite, denunció el representante de la vindicta pública como fundamento de su solicitud de revisión de la sentencia en cuestión, que la Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, violentó principios constitucionales, consistentes “al debido proceso, y concretamente, del derecho al juez natural, establecido en el artículo 49, numeral 4 de la Cons-

titución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de la ilegal constitución de la Sala Plena Accidental (...), a los fines de emitir la sentencia del 14 de agosto de 2002".

La Sala, para pronunciarse sobre el argumento precedentemente expuesto, pasa a realizar el análisis concatenado sobre la sustanciación que en el procedimiento de antejuicio de mérito a los ciudadanos General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, realizara el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, y en tal sentido observa:

En fecha 24 de mayo de 2002, el Fiscal General de la República, ciudadano Julián Isaías Rodríguez Díaz, interpuso por ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, querella a fin de que se realizara antejuicio de mérito contra los oficiales de alto rango identificados en el precedente párrafo, todo esto con el objeto, de que la Sala en cuestión declarase el mérito para el enjuiciamiento de los mismos.

El 05 de junio de 2002, el ciudadano Efraín Vásquez Velasco, recusó al Magistrado Iván Rincón Urdaneta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86, numerales 4, 5, 6, 7 y 8 del Código Orgánico Procesal Penal, por ello, el 06 de junio del mismo año, el Magistrado recusado presentó ante la Secretaría de la Sala Plena, el informe al cual hace referencia el artículo 93 eiusdem.

En fecha 12 de junio de 2002 el Magistrado Iván Rincón Urdaneta, en su carácter de Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, recusó al Primer Vicepresidente del Máximo Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y 93 del Código Orgánico Procesal Penal.

El mismo día, 12 de junio de 2002, el ciudadano Daniel Comisso Urdaneta, recusó al Magistrado Juan Rafael Perdomo, y el día 13 del mismo mes y año procedió a recusar también, al Magistrado Omar Mora Díaz, de conformidad con los artículos 85 y 86, numerales 7 y 8; y 101 del Código Orgánico Procesal Penal.

Luego, en fecha 13 de junio de 2002, el Magistrado Juan Rafael Perdomo, presentó su respectivo informe ante la Secretaria

de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, igual lo hizo el Magistrado Omar Mora Díaz, en fecha 18 de junio de 2002.

En virtud de todas las anteriores recusaciones, en Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Acta levantada en fecha 19 de junio de 2002, se señaló lo que a continuación, se transcribe:

"…solicitó el derecho de palabra el Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, a objeto de: proponer que se procurase, en primer término, resolver lo relativo a las recusaciones propuestas en el expediente (…); a tal efecto, en atención al contenido del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que señala que en caso de que tampoco pudiese conocer el Segundo Vicepresidente, debe hacerlo aquél de los Magistrado no inhibido ni recusado, a quien corresponda decidir conforme a una lista que elaborará el Tribunal Supremo…"

Siendo así, en virtud de las listas propuestas, se designó como Magistrado Dirimente, al Dr. Antonio José García García, para conocer de conformidad con el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de las recusaciones interpuestas contra el Presidente, Primer Vicepresidente y Segundo Vicepresidente del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, el mencionado artículo 72 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos narrados, expresamente señala:

"Si se inhibieren o fueren recusados todos los Magistrados que forma alguna de las Salas, conocerá de la incidencia el Presidente de la Corte en Pleno, a menos que éste también sea uno de los inhibidos o recusados, en cuyo caso conocerá de la incidencia el Primer Vicepresidente de la Corte.

Si el Primer Vicepresidente también se hubiere inhibido o fuere recusado, resolverá el Segundo Vicepresidente; y si tampoco este pudiera conocer lo hará aquel de los Magistrados no inhibido ni recusado, a quien corresponda decidir, conforme a una lista que elaborará la Corte…".

La norma parcialmente transcrita, plasmaba quién es el llamado a resolver las inhibiciones o recusaciones de los Ma-

gistrados que conforman el Máximo Tribunal, quedando establecido que conoce de las inhibiciones o recusaciones de algún Magistrado, el Presidente del Supremo Tribunal, y en su defecto, le siguen en orden a conocer de las mismas, el Primero y Segundo Vicepresidente, respectivamente. Y de darse el caso, en que todos los precedentemente nombrados se encuentren inhibidos o recusados, conocerá y resolverá la incidencia, un Magistrado que integre la lista prevista para ello, como es el caso de marras.

En el asunto que nos ocupa, se observa que tanto el Presidente, como el Primer y Segundo Vicepresidente fueron recusados, razón por la cual, la Sala Plena en fecha 19 de junio de 2002, designó al Magistrado Antonio José García García como Dirimente para que resolviera las recusaciones en cuestión. Quien en fecha 26 de junio del mismo año, procedió a declarar inadmisibles las recusaciones de los Magistrados Iván Rincón Urdaneta y Franklin Arrieche Gutiérrez.

Es decir, una vez declarada la inadmisibilidad de la recusación propuesta contra el Magistrado Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Iván Rincón Urdaneta, el 26 de junio de 2002, éste reasumía su competencia para resolver conforme a lo establecido en el artículo 46, numeral 18 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que expresamente señalaba: "Son atribuciones del Presidente de la Corte: (...) **conocer de las inhibiciones y recusaciones de los Magistrados y demás funcionarios de la Corte**".

No obstante lo anterior, en fecha 02 de julio de 2002, **el Magistrado Antonio José García García, incurrió en usurpación de funciones cuando procedió a declarar con lugar las recusaciones propuestas contra los Magistrados Omar Mora Díaz y Juan Rafael Perdomo, arrebatándole así, al Presidente del Máximo Tribunal la competencia para decidir las recusaciones planteadas, que como quedó expuesto supra, ya había sido rehabilitado en su competencia para decidir las mismas, en su condición de Juez natural**. **Todo lo cual deriva en una violación al proceso con relación al conocimiento y decisión de las recusaciones de los Magistrados de la máxima instancia judicial.**

Tal actividad jurisdiccional se constituyó como un acto arbitrario, que riñe con los principios constitucionales que resguardan el debido proceso y la garantía de ser juzgado por los jueces naturales, que se encuentran previstos en el artículo 49, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual reza:

"El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

(…) 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la Ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien lo juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto….".

De esta manera, resulta incontrovertible que el proceder del Magistrado Antonio José García García, provocó una ilegal constitución de la Sala Plena Accidental, por cuanto al actuar fuera de su competencia y declarar con lugar las recusaciones de los Magistrados Omar Mora y Juan Rafael Perdomo, -se reitera-, de forma arbitraria, ya que la competencia le correspondía al Presidente del Máximo Tribunal, lo que a su vez, generó la indebida e ilegal constitución de la Sala Plena que conoció del antejuicio de mérito, violando así, el dispositivo constitucional precitado, por descomposición del órgano jurisdiccional que legalmente debía conocer de las recusaciones y del nombramiento de los Magistrados naturales, a quienes correspondía su conocimiento.

En otras palabras, con el proceder del Magistrado Dirimente, se excluyó de la Sala Plena, a dos de sus jueces naturales, por consiguiente, las decisiones que tomara en su oportunidad dicha Sala Plena Accidental, habrían de contravenir de manera palmaria y evidente la **garantía constitucional al debido proceso y a ser juzgado por los jueces naturales**, que como bien lo señaló el representante del Ministerio Público, se encuentran establecidas en el mencionado artículo 49, numeral 4 de nuestra Carta Magna, que en forma coordinada e intrasistemática, contienen los diferentes numerales de dicho dispositivo constitucional.

Con relación a la garantía constitucional a ser juzgado por los jueces naturales, la doctrina especializada en la materia, ha señalado:

“El derecho al Juez natural comporta (…) que el proceso se decida por el Juez ordinario predeterminado por la Ley (…). Es necesario, pues, que el Juez sea aquél al que corresponde su conocimiento según la normas vigentes con anterioridad (…). Se atenta contra la garantía constitucional siempre que se modifica la competencia o la composición del órgano jurisdiccional (…) por (…) los órganos rectores del Poder Judicial, a fin de sustraer un litigio del conocimiento del Tribunal al que naturalmente le correspondería.

No sólo se vulnera el Derecho cuando se modifican las normas de competencia, a fin de que corresponda conocer de la pretensión a un órgano que, aún siendo propiamente judicial, no sea el que debería conocer con arreglo a las normas vigentes en el momento de producirse los hechos. **Sino también, cuando se modifican las normas reguladoras del nombramiento de los Magistrados, o, sin modificarlas se aplican de tal modo que tratan de evitar que el órgano judicial competente esté formado por aquellos Magistrados que deberían formarle de no haberse alterado el procedimiento normal de nombramientos**. (…), **el derecho al Juez natural se viola cuando la Sala competente para conocer de un proceso se constituye en forma no prevista en la Ley**…”. (Jesús González Pérez, El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Cuaderno Civitas, Segunda Edición, 1989, Madrid-España, pp. 129 y 130).

Por su parte, la Jurisprudencia patria ha establecido expresamente lo que a continuación, se transcribe:

“Siendo la competencia el factor que fija límites al ejercicio de la jurisdicción o, como se señala comúnmente, la medida de la jurisdicción, la debida competencia, en nuestro ordenamiento procesal vigente, es un presupuesto de validez para el pronunciamiento de **una sentencia válida sobre el mérito; por ello, la sentencia dictada por un Juez incompetente es absolutamente nula e ineficaz**.

Ahora bien, cuando el Juez actúa con manifiesta incompetencia y procede a dictar sentencia de mérito, incurre en una

evidente trasgresión al artículo 49, numeral 3 de la Constitución, **ya que carece de aptitud o cualidad para juzgar**.

Igualmente, resulta violado, en consecuencia, el numeral 4 del referido artículo 49, ya que dicha carencia de aptitud en el Juez conlleva a que el justiciable no sea juzgado por sus jueces naturales, derecho esencial a ser observado en toda causa. **Es evidente que un Juez incompetente, además nunca podrá ser el Juez natural de la causa**" (Negrillas de la Sala). (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 02 de mayo de 2001).

Asimismo, en sentencia de fecha 3 de abril de 2003, esta Sala señaló lo siguiente:

"Conforme a la Constitución de 1999, como parte del derecho al debido proceso, '*toda persona tiene* ***derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales****, con las garantías establecidas en esta constitución y en la Ley'*, lo cual se vincula con el derecho de toda persona '*... (a ser oída en cualquier clase de proceso con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente,* ***por un tribunal competente****, independiente e imparcial establecido con anterioridad (...)'* como lo establece en su artículo 49, numerales 4 y 3. (Negrilla de la cita). Respecto del derecho al Juez natural, esta Sala Constitucional en sentencia No. 29/00, del 15 de febrero de 2000 (caso:Enrique Méndez Labrador), ha establecido que "(...) *consiste en la necesidad que el proceso sea decidido por el Juez ordinario predeterminado en la Ley.* ***Esto es aquél al que le corresponde el conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Esto supone, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial...".*** (Negrillas de la Sala).

De lo anteriormente expuesto, se evidencia, **la errada y grotesca interpretación de una garantía constitucional como lo es, que todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado en forma absoluta por sus jueces naturales**, que en el caso de autos conllevó a la flagrante violación de toda la teoría de la jurisdicción y de la competencia legalmente establecida, pues como lo

sostienen los autores Calamandrei y Chiovenda, es imposible hablar de los jueces naturales sin conectar la jurisdicción con la competencia por existir una relación de continente a contenido, **porque todos los jueces tienen jurisdicción pero no todos tienen competencia para conocer de un determinado asunto**, como igualmente también lo sostiene el autor Eduardo Couture en estos términos "…un juez competente, es al mismo tiempo un juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un Juez". Por eso, "la sentencia dictada por un Juez incompetente es absolutamente nula e ineficaz", como se señaló en la sentencia supra citada.

En el caso que nos ocupa, el Magistrado Dirimente tenía jurisdicción pero no competencia para decidir las recusaciones mencionadas, al haberle arrebatado como se señaló anteriormente, al juez natural, es decir, al Presidente del Tribunal Supremo, la potestad para decidirlas, por lo que devino entonces la incompetencia de la Sala Plena Accidental que dirimió ilegalmente el antejuicio de mérito.

En ese sentido, de haberse considerado en el mencionado antejuicio la existencia de meritoria relevancia de los hechos, indicios y presunciones para enjuiciar a los prenombrados militares, el proceso de fondo hubiese resultado írrito en cuanto al mérito por falta de **presupuesto de la sentencia**, pues, como lo sostiene el autor Rengel Romberg, tal falta de competencia le impide al juez o jueza entrar a examinar el mérito de la causa, habida consideración de que tan relevante requisito, como se dijo, es un presupuesto de la sentencia de fondo. Esta conclusión se hace irrebatible, como irrebatible fue la indebida constitución de la **Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, que dictó la inficionada sentencia definitivamente firme por sobreseimiento**, al proferirla en esta instancia única y precalificar la irrelevancia de mérito sobre los hechos punibles presuntamente cometidos por los militares de alto rango, identificados en este fallo.

En esa misma línea doctrinaria, es pertinente la aplicación de este aserto aun tratándose como efectivamente se trató de un procedimiento especial, que lo constituye el antejuicio de mérito, pero que le puso fin con creces, porque incluso se **adentró** al

fondo del asunto al hacer análisis decisorio sobre los presuntos delitos cometidos y que se le imputan a los ciudadanos supra identificados, de conformidad con el Código de Justicia Militar, concluyendo que este procedimiento se extinguía por sobreseimiento. Lo cual ratifica para esta Sala, las características y naturaleza de la decisión proferida como una decisión definitivamente firme que aunque inficionada, queda comprendida dentro del ámbito de aplicación y procedencia de la solicitud de revisión prevista en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de la interpretación que de él ha hecho en su doctrina jurisprudencial, esta Sala Constitucional. Así se decide.

Con base a todos los razonamientos que anteceden, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, constata que dada la ilegal constitución de la Sala Plena Accidental que dirimió por sobreseimiento, el antejuicio de mérito en los términos expuestos, la misma incurrió en una errada y grotesca violación del Principio Constitucional al debido proceso y juzgamiento por parte de los jueces naturales para conocer del mencionado antejuicio. De donde se colige sin lugar a dudas, que la decisión que constituyó el dispositivo, quedó comprendida dentro del control de la constitucionalidad que permite a esta Sala Constitucional en base a la supremacía de la Constitución, declarar la procedencia de la solicitud de revisión interpuesta por el ciudadano Fiscal General de la República, en su escrito de fecha 02 de diciembre de 2002.

De otra parte, su indiscutible procedencia en derecho, dada la competencia que tiene esta Sala Constitucional de conocer por vía de revisión las decisiones proferidas por la demás Salas de este Máximo Tribunal, incluyendo las dictadas por la Sala Plena, como ha sido establecido por la Jurisprudencia, en interpretación del texto normativo constitucional contenido en el artículo 336, numeral 10, en concordancia con el artículo 5, numeral 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, **que a tales efectos no establece distinción alguna**. Por consiguiente, la decisión de la Sala Plena Accidental sobre el juicio de mérito que nos ocupa, no queda excluida del ámbito de aplicación y procedencia de una solicitud de revisión como la que ha interpuesto el Ministerio Público y que es objeto de la presente decisión **(intentio litis)**.

Siendo así, los razonamientos jurídicos anteriormente expuestos, constituyen para esta Sala Constitucional en diáfana claridad y sin duda alguna, que en el caso sub lite, es preciso aplicar el control de constitucionalidad para que la solicitud de revisión sea declarada, como efectivamente se declara, procedente. Así se decide.

En tal virtud, el dispositivo de este fallo declarará **NULA** la decisión dictada en fecha 14 de agosto de 2002, por la Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, que declaró no haber mérito para el enjuiciamiento de los ciudadanos General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, y el consecuente sobreseimiento. Así se declara.

Mediante Auto de fecha 8 de marzo de 2005, la Presidencia de la Sala Constitucional Accidental, solicitó al ciudadano Ministro de la Defensa, informase sobre si para la actualidad los ciudadanos, General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, se encuentran en su condición de militares activos de alto rango en la Fuerza Armada de Venezuela.

En respuesta a dicha solicitud, mediante Oficios Nos. 01012 (con anexos) y 01064, de fechas 9 y 10 de marzo de 2005, remitidos por el Ministerio de la Defensa, se señala que los ciudadanos General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, "se encuentran en **'situación de retiro'**, de conformidad con las Resoluciones Nos. 19.650 del 23/12/2002; 19.153, del 27/11/2002; 18.778 del 01/11/2002; y 18.779 del 01/11/2002, respectivamente, mediante las cuales fueron dados de baja por Medida Disciplinaria", es decir, por cuanto dichos militares de alto rango se encuentran en situación de retiro de la Fuerza Armada, cesó para ellos la prerrogativa del antejuicio de mérito previsto en el artículo 266, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aun por los presuntos hechos punibles que les son imputados durante su desempeño como militares activos, como bien lo ha reiterado la jurispruden-

cia de este Tribunal, al señalar:

"…en fecha 19 de julio de 1984, (…) la Sala Plena afirmó que no le corresponde conocer de una solicitud de antejuicio de mérito formulada en relación con un funcionario que hubiere dejado de ocupar tal investidura o cargo que gozara de tal protección.

Lo anterior hace evidente que el ciudadano contra quien se intentó la solicitud sub iudice, carece de la prerrogativa de antejuicio de mérito, tanto en lo que se refiere al cargo de Ministro que dejó de ejercer, como con ocasión de pasar a situación de retiro en la Fuerza Armada" (Sentencia de la Sala Plena de fecha 15 de octubre de 2002).

En tal sentido, resulta inoficioso, un nuevo pronunciamiento sobre el antejuicio de mérito solicitado en fecha 24 de mayo de 2002 por el Fiscal General de la República, razón por la cual, queda éste, como máximo representante del Ministerio Público, habilitado para intentar las acciones que considere pertinentes con relación a los hechos que fueron objeto de consideración en el antejuicio de mérito, ante los tribunales competentes para conocer de los presuntos delitos que le son imputados por dicho Funcionario Publico. Así se declara.

6.1.1.2.- Los rectores del Consejo Nacional Electoral gozan del privilegio del antejuicio de mérito

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 934, Fecha: 09/05/2006

Como punto previo de análisis, la Sala debe pronunciarse sobre el alegato esgrimido por los apoderados judiciales de la Asamblea Nacional, relativo a la falta de *"legitimidad"* del actor para solicitar la nulidad por motivos de inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, con fundamento en lo dispuesto en el aparte 6 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el aparte 5 del artículo 21 *eiusdem*. En tal sentido, solicitan la tramitación de una *"(…) articulación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil"*.

Para dilucidar la procedencia de la causal de inadmisibilidad invocada, esta Sala considera menester reiterar que para el ejercicio de acciones como la planteada en autos, los requisitos de acceso a la jurisdicción se flexibilizan por el especial objeto de control en los juicios de nulidad por inconstitucionalidad seguidos contra actos legislativos o actos que detenten rango de ley que lo constituye el examen de una norma legal y su conformidad con las normas positivas, principios y valores recogidos en el Texto Fundamental.

En tal sentido, la Sala ha reiterado, desde una perspectiva garantista del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva no sólo de los intereses individualizados en cada proceso, sino incluso de aquellos colectivos o difusos (*ex* artículo 26 constitucional), que la legitimación requerida para solicitar el control concentrado de la constitucionalidad constituye un simple interés, no calificado por el legislador.

En razón del carácter objetivo del juicio de inconstitucionalidad, la Sala al analizar este presupuesto lo ha desprovisto de cualquier noción subjetiva en su configuración, puesto que no hay una contención *inter* partes en términos procesales, y ha expuesto como premisa que *"(...) el interés que asiste a un individuo en particular para recurrir no se encuentra comprendido de manera exclusiva y excluyente en un interés procesal que le es propio, por no haber una contención propiamente dicha que lo antagonice contra derechos y obligaciones pertenecientes o recaídas en una contraparte"* (Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.185 del 17 de junio de 2004, caso: *"Petróleos de Venezuela, S.A."*).

En ese orden, el párrafo 9 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia -que reproduce la disposición contenida en el derogado artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia- establece:

"Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, o que tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar un acto administrativo de efectos particulares, puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad (...omissis...)".

Como se observa, la norma estipula que toda persona natural o jurídica afectada en sus derechos e intereses por la norma puede solicitar su nulidad, sin embargo, tal afectación ha sido entendida por la Sala como un interés del recurrente en preservar la integridad del orden constitucional y la correcta articulación del sistema normativo que lo desarrolla, de allí que, a diferencia de la legitimación calificada exigida en el contencioso administrativo (que requiere un interés personal, legítimo y directo para obtener el control de la actividad administrativa), el avance jurisprudencial de la Sala ha favorecido el acceso a la jurisdicción constitucional en este tipo de procesos sin requerir alguna calificación especial para el ejercicio de la acción popular -legitimación amplia- (A mayor abundamiento, véase sentencias de esta Sala Nros. 163 del 5 de febrero de 2002, caso: *"Germán Macero Beltrán y Edwin Martínez Pares";* 819 del 24 de abril de 2002, caso: *"Armando Contreras Díaz";* 37 del 27 de enero de 2004, caso: *"Asociación Cooperativa Mixta La Salvación"* y 266 del 16 de marzo de 2005, caso: *"Carlos Herrera"*).

Consecuencia de este razonamiento, esta Sala estima que tampoco resulta viable la solicitud efectuada por los apoderados judiciales de la Asamblea Nacional de tramitar una incidencia probatoria dirigida a debatir la legitimación procesal del actor.

Por otra parte, los precitados representantes judiciales refuerzan la falta de legitimación del actor con la ausencia de un caso concreto vinculado a la *"interpretación"* requerida, invocando para ello la sentencia de la Sala N° 1.077 del 22 de septiembre de 2000, caso: *"Servio Tulio León"*. Al respecto, esta Sala aclara que el precedente citado alude a la legitimación requerida para el ejercicio de otro mecanismo jurisdiccional, distinto al recurso de nulidad por motivos de inconstitucionalidad, cual es el recurso de interpretación de normas constitucionales. Por tanto, esta Sala desestima el alegato previo de falta de legitimación del actor invocado por los apoderados judiciales del Órgano Legislativo Nacional. Así se decide.

Desechado el punto anterior, esta Sala observa que no se acompañó al escrito contentivo de la pretensión anulatoria copia de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela donde se publicó la Ley Orgánica del Poder Electoral, cuyo artículo 11 constituye el objeto de examen del presente recurso

de nulidad, no obstante lo expresado en el párrafo 11 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Sin embargo, esta Sala en virtud del principio *iura novit curia* y visto que el actor señaló el número y fecha de publicación de la Ley Orgánica mencionada, pasa a examinar las denuncias de inconstitucionalidad presentadas, así como los argumentos y defensas propuestas por la Asamblea Nacional y por el Ministerio Público, tal como ha procedido en anteriores oportunidades frente a la deficiencia advertida (Vid. Sentencia de la Sala N° 1.393 del 7 de agosto de 2001, caso: *"Fermín Toro Jiménez"*).

Ello así, se observa que la norma cuestionada es el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral que le reconoce a los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito en los siguientes términos:

*"**Artículo 11.** Las Rectoras o los Rectores Electorales mientras se encuentren en el ejercicio de sus funciones, gozan de las prerrogativas procesales correspondientes al antejuicio de mérito, contempladas en el Código Orgánico Procesal Penal para los altos funcionarios de los poderes públicos".*

Como se desprende de su tenor, la norma consagra la prerrogativa del antejuicio de mérito en beneficio de los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, remitiendo su regulación a las previsiones contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal. Esta disposición legal, según lo argüido por el actor, incorpora sujetos distintos a aquellos previstos en los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional alterando su enumeración, de carácter taxativo.

Por su parte, los apoderados judiciales de la Asamblea Nacional sostienen que de acuerdo con la finalidad de la institución del antejuicio de mérito, la enumeración contenida en el numeral 2 del artículo 266 de la Constitución no tiene un carácter exhaustivo o excluyente que impida al legislador extender la protección extraordinaria del antejuicio de mérito a las máximas autoridades del Poder Electoral.

Precisados los argumentos del actor, así como del Órgano Legislativo Nacional, la Sala estima que el asunto de fondo se contrae a evaluar la libertad que tiene el legislador para exten-

der la prerrogativa del antejuicio de mérito a altos funcionarios distintos a los señalados en los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Carta Magna. Para ello, la Sala debe partir de las siguientes premisas:

En casos similares al planteado, esta Sala ha fijado las reglas que rigen el proceso de interpretación que exige estos procedimientos de naturaleza objetiva, haciendo énfasis en la llamada técnica de *"interpretación conforme a la Constitución",* que encuentra su fin último en la preservación del orden normativo a través de la armonización de los preceptos legales con la Constitución.

En tal sentido, en sentencia N° 2.855 del 20 de noviembre de 2002, caso: *"Federación Nacional de Ganaderos (FEDENAGA)",* la Sala destacó, como lineamiento de su labor interpretativa, que entre diversas interpretaciones posibles de una norma legal, deberá prevalecer aquella que mejor se adapte al sentido de la norma fundamental, sin que ello devenga en una infracción de orden constitucional o que su interpretación ofrezca dudas razonables. En esa oportunidad, la Sala afirmó:

"Puede ocurrir, sin embargo, que el texto de una determinada disposición normativa se halle, en efecto, conforme a la Constitución, pero sólo en tanto se le interprete de una determinada manera. Es lo que se alude como el principio hermenéutico favor constitucione, conforme al cual, cuando surjan dudas acerca de la incompatibilidad de un dispositivo legal con la Constitución o se intuya la existencia de un conflicto normativo, el operador jurídico debe proceder a la interpretación de aquél en el sentido que se adecue al texto constitucional, logrando la armonía del sistema a través de su labor exegética sin permitir su nulidad; no se trata de erigirse en 'legislador negativo', lo importante es asumir una interpretación de acuerdo con los principios y valores que la Constitución expresa.

El principio de la constitucionalidad de las leyes, que no sólo se limita a la afirmación formal de que la Ley se tendrá por válida hasta cuando sea declarada inconstitucional, implica además: la confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios constitucionales; la seguridad de que la ley no será declarada inconstitucional sino cuando exista insalvable contradicción con la Constitución; y siempre que

existiendo la posibilidad de que la amplitud para interpretar la ley se preste a una inconstitucional (sic), hay que presumir que sea 'razonablemente posible' que el Legislador ha sobreentendido que la interpretación correcta será aquella que permita a la misma mantenerse dentro de los límites constitucionales (García de Enterría, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Pág. 96")".

Este enfoque presupone una labor dirigida a la integración de la norma en el ordenamiento constitucional, partiendo de su consideración como un conjunto sistemático y orgánico, para lo cual el intérprete deberá, en tanto ello sea compatible con la norma fundamental, preservar la vigencia y eficacia de la norma legal -en tanto se presuma su constitucionalidad- y adminicularla de forma coherente y homogénea al sistema que le sirve de base. Esta interpretación deberá hacerse de forma armónica con los principios rectores contenidos en la Carta Magna y siempre que tal labor no desvíe el verdadero significado de la norma legal examinada ante la jurisdicción constitucional, pues su falta de concordancia o la falta de adecuación del precepto normativo a la Constitución, deviene forzosamente en su nulidad por inconstitucionalidad.

El anterior método se inserta dentro del deber de asegurar la integridad de la Constitución –imperativo recogido en el enunciado del artículo 334 de la Carta Magna vigente- y permite a esta Sala, en tanto supremo y último intérprete del ordenamiento constitucional conservar la legitimidad de las normas legislativas –o cualquier otro precepto normativo de igual rango- que se ajustan al orden primario y declarar la nulidad de aquellas cuya aplicación comporta una contradicción o disminución de los principios, valores y normas del Texto Constitucional.

A partir de esta premisa interpretativa, pasa la Sala a verificar si la norma acusada se aparta o no de lo dispuesto por el Constituyente en los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, para ello, se advierte que el antejuicio de mérito ha sido definido por la doctrina patria como una prerrogativa procesal, estatuido como una excepción a la aplicación de la ley penal en razón de la persona. En tal sentido, se ha definido como una sustracción temporal del sujeto a la ley procesal común, que tiene el alcance

de *"(…) un impedimento que posterga el proceso común hasta que se hayan producido ciertos actos no jurisdiccionales después de los cuales la parte condenada quedará sujeta a acusación, juicio y castigo, conforme a las leyes, ante los tribunales ordinarios"* (Vid. Mendoza Troconis, José Rafael, *"Curso de Derecho Penal Venezolano",* Parte General, Tomo I, Caracas, 1981, pág. 310).

Si bien en la configuración gramatical de la norma impugnada se emplea la expresión prerrogativa, la doctrina y la jurisprudencia penal le han dado al antejuicio de mérito el tratamiento de un *"privilegio"* o garantía procesal de orden constitucional, sin embargo, ambas expresiones se usan como equivalentes. Así, el autor Sosa Chacín al analizar este presupuesto del juicio penal afirma que esta prerrogativa no le da al sujeto ni el carácter de inviolable ni el carácter de inmune, sino que queda sometido al mismo tratamiento que otros ciudadanos en lo que respecta a la aplicación del derecho material; la distinción surge en lo relativo a la aplicación de las normas procesales penales *"(…) a los efectos de evitar que los sujetos investidos de funciones públicas sean perseguidos por razones de índole política o personal en la misma medida en que lo pueda ser cualquier ciudadano, tendiendo la garantía a permitir el eficaz desempeño del cargo"* (Vid. Sosa Chacín, Jorge, *"Derecho Penal",* Tomo Primero, Caracas, 1978, pp. 280-281). Por su parte, la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal ha sostenido que esta prerrogativa se concibe como un procedimiento especial de *"garantías reforzadas"* llamado a proteger el principio de tutela judicial efectiva recogido en el artículo 49 de la Carta Magna vigente (Vid. Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia N° 456 del 10 de diciembre de 2003, caso: *"Fiscal General de la República").*

Así, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia también ha puesto de relieve su naturaleza de procedimiento especial al definir el antejuicio de mérito como *"(…) un procedimiento penal especial que, instaurado en virtud de la querella del Fiscal General de la República y conducido por el principio del contradictorio, tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios del Estado a los que se refiere el ordenamiento constitucional de la República (…)"* (Vid. Sentencia

del 30 de mayo de 2000, caso: *"Luis Manuel Miquilena Hernández"*).

Esta prerrogativa se instaura como una excepción constitucionalmente prevista del derecho a la igualdad jurídica de las personas ante la ley -previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- y conlleva el establecimiento de garantías procesales que constituye una formalidad esencial previa al juicio penal incoado contra el sujeto que lo goza, justificado en *"(...) la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que quienes en un determinado momento resulten piezas fundamentales en la conducción de las políticas públicas, sean desviados de sus obligaciones en razón de acusaciones, infundadas o no, formuladas en su contra, y a las cuales, sin duda, se encuentran permanentemente expuestos"* (Vid. Sentencias de la Sala Plena del 12 de julio de 2000, caso: *"Jesús Fernando González Cazorla"* y del 5 de mayo de 2000, caso: *"Pedro Mantellini González"*, acogida esta última por la Sala Constitucional en sentencia N° 233 del 11 de marzo de 2005, caso: *"Julián Isaías Rodríguez Díaz").*

Este requisito de procedibilidad de la acusación penal, de carácter tutorial o preliminar, ha sido analizado sistemáticamente por la jurisprudencia de la Sala Plena de este Alto Tribunal, destacando en su tratamiento el bien jurídico que resguarda: la continuidad de la función pública que ejerce un funcionario de alta investidura en cualquiera de los órganos del Poder Público Nacional. En efecto, el antejuicio de mérito ha sido descrito como *"(...) un privilegio para las altas autoridades del Estado, que tiene por objeto proteger la labor de los funcionarios públicos que ocupan y desempeñan cargos de alta relevancia, por lo que procura la continuidad en el desempeño de las tareas esenciales que presupone el ejercicio de la función pública"* (Vid. Sentencia de la Sala Plena del 22 de septiembre de 2004, caso: *"Juan Ubaldo Jiménez Silva"*).

La posibilidad de extender este régimen de protección a otros altos funcionarios, entre ellos los electorales, ha sido examinada en otras oportunidades a la luz del ordenamiento preconstitucional de 1999 por la Sala Plena de la otrora Corte Suprema de

Justicia y, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por la Sala Electoral de este Alto Tribunal.

En tal sentido, la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno en su decisión dictada el 19 de julio 1984, recaída en el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido contra el artículo 152 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que establecía la competencia procesal de la Corte Suprema de Justicia para someter a su conocimiento el enjuiciamiento de los altos funcionarios enumerados en el artículo 215 de la Constitución de 1961, aun cuando éstos hubieran dejado de ejercer sus funciones, siempre que el hecho delictual imputado se hubiese cometido en el tiempo de su actuación, declaró la incompatibilidad de ese dispositivo con el Texto Constitucional de 1961, y por tanto su nulidad, estimando para ello que *"(...) cuando como requisito para el enjuiciamiento de determinados delitos se establezca el antejuicio y la competencia jurisdiccional especial de la Corte, en atención a la prerrogativa de que goza el acusado por razón de su cargo, como es el caso de los citados funcionarios, tanto ese requisito como esa competencia deberá establecerlos la propia Constitución y no una ley ordinaria, como antes se expresó. Y por ello, porque se trataría de consagrar una prerrogativa constitucional, es decir, una excepción a una de las garantías individuales que sólo el Constituyente puede sancionar o autorizar y no el Congreso"*.

Tal motivación atendió a una interpretación restrictiva de la norma primaria, sin posibilidad de admitir la ampliación temporal del supuesto en ella contenido, esto es, restringiendo el goce de esa prerrogativa sólo a los funcionarios en ejercicio activo de su cargo, posición ésta que subsiste en la actualidad.

El avance jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia mantuvo que la enumeración de los altos funcionarios contenida en los ordinales 1° y 2° del artículo 215 de la Constitución de 1961 era taxativa y en ningún caso admitía la extensión de esta prerrogativa a sujetos distintos de los mencionados en la norma. Así, en un auto dictado el 1 de julio de 1986, caso: *"Giomar Ojeda Alcalá"*, reiteró:

"Si bien es cierto que los miembros de las asambleas legisla-

tivas gozan de inmunidad en el territorio del Estado respectivo, en los términos del artículo 19 de la Constitución de la República, que igualmente asimila este privilegio al de los senadores y diputados, consagrado en el artículo 143 de la misma Carta, tal asimilación no alcanza al derecho del antejuicio de mérito previsto en los artículos 144 y 215 ordinal 2° ejusdem, por cuanto entre los altos funcionarios taxativamente enumerados por esta última disposición constitucional como sujetos del referido antejuicio, ni entre los del ordinal 5° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se encuentran comprendidos los miembros de las asambleas legislativas de los estados; razones por las cuales no procede en este caso la tramitación ante este Supremo Tribunal del antejuicio de mérito a que se refiere el tribunal remitente (...)".

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia en Pleno reconoció la vigencia del artículo 52 de la derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que otorgaba la prerrogativa del antejuicio de mérito a los miembros del Consejo Nacional Electoral, admitiendo expresamente la ampliación subjetiva de la previsión constitucional, a través de su sentencia N° 1.027 del 5 de febrero de 1999, caso: *"Andrés Caleca",* motivando para ello como sigue:

"La información que ha tenido esta Corte, a través de los recaudos examinados, es que efectivamente existe una investigación que está realizando el Tribunal Superior de Salvaguarda, en relación a unos supuestos delitos cometidos por funcionarios del Consejo Nacional Electoral en el ejercicio de sus cargos.

Sobre este particular, y en atención a lo dispuesto en el artículo 113 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 52 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, 146 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, 361 y siguientes del Código de Enjuiciamiento Criminal, y 82 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, esta Corte en Pleno precisa que la instrucción, conocimiento y decisión de los juicios seguidos contra los miembros del Consejo Nacional Electoral, mientras se encuentran en el ejercicio de sus funciones, por parte del Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público requiere previa e ineludiblemente, el pronunciamiento de existir méritos para dicho enjuiciamiento, por parte de esta Corte Suprema de Justicia".

Sin embargo, el artículo 52 de la derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que sirvió de basamento jurídico al mencionado fallo, fue reexaminado por la Sala Electoral de este Alto Tribunal a la luz del ordenamiento constitucional vigente, en el marco de un recurso de interpretación de esa norma requerido por el Consejo Nacional Electoral, a fin que de esa Sala se pronunciara acerca de la vigencia de dicho artículo con relación a los privilegios otorgados a los miembros integrantes del órgano rector del Poder Electoral (Vid. Sentencia de la Sala Electoral N° 45 del 17 de mayo de 2000).

La interpretación aludida se declaró improcedente puesto que -en criterio de esa Sala- el Constituyente de 1999 no incorporó una previsión análoga al artículo 113 de la Constitución de 1961, que establecía que los componentes del órgano electoral *"(…) gozarán de los privilegios que la ley establezca para asegurar su independencia en el ejercicio de sus funciones"*. Ante esta omisión constitucional, concluyó *"(…) que el artículo 52 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, al extender la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito a los miembros del Consejo Nacional Electoral, contraría la Constitución, configurándose de esa manera una incompatibilidad constitucional, operándose por obra de la disposición derogatoria única, la inconstitucionalidad sobrevenida del mencionado artículo 52 de la ley electoral"* (Vid. Sentencia de la Sala Electoral *supra* citada).

De una revisión de los antecedentes citados, se observa una tendencia restrictiva en la determinación de los sujetos titulares de esta prerrogativa constitucional -que atiende a la interpretación tradicional de las excepciones en la teoría general del Derecho- y, por otra, la incompatibilidad sobrevenida de la norma contenida en el artículo 52 de la derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ante la ausencia de algún precepto constitucional similar al artículo 113 de la Constitución derogada, que garantizaba la independencia de los miembros del órgano electoral durante el régimen constitucional anterior.

Sin embargo, esta Sala observa que, en esencia, la protección previa otorgada por el artículo 52 de la derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política a los miembros del Consejo Nacional Electoral, fue reproducida por el

legislador en el texto del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, lo que significa un reexamen jurisdiccional de la posibilidad que tiene el legislador de extender una prerrogativa de orden constitucional a otros sujetos distintos de los enumerados actualmente en los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Constitución vigente.

Para ello, esta Sala debe considerar que la interpretación de los privilegios y prerrogativas -sean de fuente constitucional o legal- debe efectuarse de forma restrictiva por el intérprete, esto es, no pueden inferirse beneficios que el texto expreso no señala, puesto que ello supone crear desigualdades jurídicas en detrimento del principio de igualdad que preconiza el Texto Fundamental (*ex* artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Sin embargo, el establecimiento de esta prerrogativa en particular responde al aseguramiento de la continuidad en la prestación de la función pública que desempeñan una categoría de altos funcionarios, esto es, no protege al individuo que lo ejerce sino al cargo en sí, situación ésta que justifica el tratamiento procesal excepcional dado a estas altas autoridades respecto de otros funcionarios públicos, así como de los demás ciudadanos de la República, que no detentan la condición de *"altas autoridades"* y que justifica la distinción hecha por el Constituyente.

Resulta entonces menester revisar los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional que establece los funcionarios que detentan esta prerrogativa -desarrollado por los artículos 5, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y 377 del Código Orgánico Procesal Penal-, cuyo texto expresa:

"Artículo 266. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:
(…omissis…)
2. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o la Presidenta de la República o quien haga sus veces y, en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa previa autorización de la Asamblea Nacional.
3. Declarar si hay mérito o no para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Minis-

tras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo hasta sentencia definitiva".

Como se desprende de la norma transcrita, los cargos sustraídos del régimen general de enjuiciamiento penal son de distinta índole: están vinculados a la dirección de un órgano del Poder Público Nacional o Estadal, son miembros del estamento militar, incorpora al representante judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República (Procurador o Procuradora General de la República) y a los jefes de misiones diplomáticas. Queda claro entonces que la intención del Constituyente no es sólo la de proteger las funciones de las altas autoridades de los órganos del Poder Público Nacional (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Ciudadano), sino de aquellos cargos que, por su vinculación con actividades fundamentales para la conducción de las políticas públicas del Estado –a nivel de política exterior y de representación judicial- o de la protección de su soberanía, sus titulares no pueden ser apartados del ejercicio efectivo de sus cargos por la presunta comisión de hechos punibles, sin que medien razones suficientes que, apreciadas por este Tribunal Supremo de Justicia con carácter previo al juicio penal, así lo permitan.

Para evaluar la posibilidad de aplicar en forma extensiva esta prerrogativa constitucional a otras altas autoridades distintas a las enunciadas en la norma constitucional, debe examinarse en el articulado del Texto Fundamental, sin acudir a fuentes extraconstitucionales, la inserción del cargo dentro de la organización del Poder Público y la naturaleza de sus funciones, atendiendo a la razonabilidad de la interpretación, limitada por el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que postula al Estado venezolano como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia y el principio de igualdad consagrado en el artículo 21 *eiusdem*, puesto que, en caso de una

interpretación abierta de la norma constitucional, se llegaría a la conclusión impensable de que cada funcionario público -sin distinción alguna de la naturaleza de sus funciones o al servicio de cualquier órgano del Poder Público- puede ser eventualmente beneficiario de un régimen procesal reservado por orden del Constituyente a las altas autoridades enumeradas por la norma constitucional. Como corolario de la afirmación precedente, resulta impensable que cualquier otra autoridad que no detente rango constitucional, esto es, cuyas funciones se encuentren establecidas exclusivamente en la ley, sea potencialmente beneficiario de esta prerrogativa procesal puesto que, la finalidad de la institución del antejuicio de mérito -en el criterio de la Sala- responde a la protección de altos cargos vinculados de forma directa a la conducción de los órganos del Poder Público Nacional (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral) establecidos constitucionalmente y no legalmente.

De allí que, puede afirmarse preliminarmente, que la extensión de esta prerrogativa en el caso de los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral debe atenerse a la ubicación de sus funciones en el texto constitucional, puesto que, es esa jerarquía constitucional del funcionario y no el establecimiento legal de sus funciones lo que permite su inclusión en el elenco de autoridades previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional. En razón de ello, existe una imposibilidad material para el legislador de innovar en este aspecto a través de la inclusión de funcionarios distintos a las altas autoridades de los órganos del Poder Público. Así, por ejemplo, mal podría extenderse esta prerrogativa procesal, se insiste, a través de una eventual reforma legislativa, a otros funcionarios que no están vinculados a la dirección de un órgano del Poder Público.

Como lo advirtió la Sala Electoral en su sentencia del 17 de mayo de 2000, *supra* mencionada, el Constituyente de 1999 omitió incorporar en la norma que establece el antejuicio de mérito a los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral quienes, en el nuevo orden constitucional, son las altas autoridades de un nuevo órgano del Poder Público Nacional: el Poder Electoral. Esta consagración difiere sensiblemente del tratamiento dado por la Constitución de 1961 al órgano electoral, analizado por la

doctrina constitucional como un *"órgano con autonomía funcional"*, al margen de la división tripartita clásica del Poder Público consagrado en ese régimen.

La Sala Electoral en la sentencia antes aludida expresó:

"(…) hasta tanto no se dilucide el fundamento axiológico de la exclusión de los miembros del órgano rector del Poder Electoral Nacional de la prerrogativa bajo examen, si es que ello resulta posible desde el punto de vista lógico, jurídico y político, en criterio de esta Sala, se mantendrán dudas razonables acerca de la congruencia o compatibilidad de la regulación contenida en el artículo 266 de la Constitución, con dos de los principios fundamentales que vertebran, o mejor, por imperio de ella, sustentan a la nación venezolana, al revestir el carácter de 'supraprincipios constitucionales', a saber: el contenido en el artículo 2 que establece que Venezuela es un Estado de derecho y de ***justicia****, y en el artículo 21, que consagra el principio de igualdad ante la ley, entendida en sentido amplio (…)".*

La pretendida exclusión señalada por la Sala Electoral no constituye, en criterio de la Sala, una omisión deliberada del Constituyente que restrinja la posibilidad de ampliar razonablemente el ámbito subjetivo de aplicación de esta prerrogativa procesal y, a su vez, reforzar el ámbito de competencias procesales que la Constitución vigente otorga a este Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que si bien no se desprende del articulado constitucional algún precepto similar al artículo 113 de la Constitución de 1961, la consagración del Poder Electoral como un órgano *ex novo* del Poder Público en la Constitución de 1999 hace posible para esta Sala Constitucional replantear la utilidad de una cláusula similar a la derogada.

En efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela creó al Poder Electoral como una rama autónoma del Poder Público Nacional (*ex* artículo 136), cuyas atribuciones enuncia el Constituyente en el artículo 293 y sus principios de actuación orgánica lo constituyen la *"(…) independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios"* (Vid. Artículo 294 de la Constitución).

Resulta oportuno referir en este punto, lo dicho por la Exposición de Motivos de la Constitución que, se ha expresado reiteradamente, si bien no vincula la labor de interpretación de esta Sala en razón de su carácter ilustrativo y referencial, pone de manifiesto la intención subjetiva del legislador o del Constituyente en la consagración de la norma para su mejor comprensión por el intérprete (Vid. Sentencia de la Sala N° 93 del 6 de febrero de 2001, caso: *“Corpoturismo”).* En tal sentido, su texto destaca:

“Como expresión del salto cualitativo que supone el tránsito de la democracia representativa a una democracia participativa y protagónica, se crea una nueva rama del Poder Público, el Poder Electoral, ejercido por órgano del Consejo Nacional Electoral que tiene por objeto el regular el establecimiento de las bases, mecanismos y sistemas que garanticen el advenimiento del nuevo ideal u objetivo democrático. Una nueva cultura electoral cimentada sobre la participación ciudadana.

Para dimensionar su contenido es necesario integrar las disposiciones en este Capítulo V del Título V con las establecidas en el Capítulo IV de los Derechos Políticos y del Referendo Popular perteneciente al Título III del nuevo texto constitucional”.

El nuevo esquema constitucional permitió entonces que el Poder Electoral se erigiera en el órgano encargado de regular las bases, las formas de participación y los sistemas empleados para las elecciones, con el propósito de garantizar a los ciudadanos el ejercicio de su derecho al sufragio, postulado en el artículo 63 de la Carta Magna, y para ello sus órganos fueron dotados de *“independencia orgánica”* y *“autonomía funcional”* que, como nociones organizativas, son garantías que restringen la injerencia de cualquier otro órgano estatal en el ejercicio de sus competencias electorales, ello, claro está, sin desconocimiento del deber de colaboración que tienen todas las ramas del Poder Público para la consecución de los fines del Estado.

La trascendencia política y social de la competencias constitucionales asignadas al órgano electoral, que requieren de la garantía de su ejercicio continuo, autónomo e independiente, surge de una mera revisión del precepto contenido en el artículo 292 de la Constitución, que abarca: el ejercicio de la potestad reglamentaria de las leyes electorales (numeral 1); la elaboración

de su propio presupuesto (numeral 2); la creación de directivas en materia de financiamiento y publicidad electorales (numeral 3); la potestad de declarar la nulidad de las elecciones en los supuestos establecidos en la ley (numeral 4); la organización, administración, dirección y vigilancia de los procesos para la elección de los cargos de representación popular, así como la de referendos revocatorios (numeral 5); la organización de elecciones sindicales, de gremios profesionales y organizaciones con fines políticos de conformidad con la ley, así como la de organizar los procesos de otras organizaciones de la sociedad civil a petición de éstas (numeral 6); la organización del registro civil y electoral (numeral 7); la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos, así como lo relativo a su constitución, renovación y cancelación (numeral 8); el control y regulación de los fondos de financiamiento de organizaciones con fines políticos (numeral 9) y aquellas competencias residuales que el legislador le otorgue al Poder Electoral (numeral 10).

Tanto los principios que orientan sus funciones y las competencias que el Constituyente ha otorgado al Poder Electoral, permiten inferir a la Sala que los Rectores o Rectoras Electorales, en tanto integrantes del Consejo Nacional Electoral -ente rector del Poder Electoral, en los términos del artículo 292 de la Carta Magna- deben ser incluidos en el elenco de altas autoridades que gozan de la prerrogativa del antejuicio de mérito consagrado en los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en primer lugar, por la ubicación constitucional del órgano electoral como rama del Poder Público Nacional y, en segundo lugar, para garantizar el ejercicio continuo e independiente de las competencias electorales que el Constituyente le ha asignado y el legislador desarrolló en la Ley Orgánica del Poder Electoral.

En razón de las particularidades que reviste la función pública electoral, la extensión de esta prerrogativa por una norma legal no resulta, en criterio de esta Sala, contraria a la intención del Constituyente, por el contrario, complementa el ámbito de protección de una categoría de autoridades -como se insiste- en razón de la jerarquía constitucional y las específicas competencias que el órgano electoral ejerce, las cuales no pueden ser suspendidas a través del ejercicio de acciones penales infundadas que afecten la continuidad de la función pública atribuida a los

Rectores o Rectoras Electorales.

Por el contrario, negar a esta categoría de funcionarios públicos la prerrogativa procesal establecida en los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, significaría el menoscabo de las funciones que le han sido encomendadas por el Constituyente de 1999 al Poder Electoral, además de la ausencia de garantías que aseguren la independencia y autonomía del ejercicio de los cargos electorales descritos, no acorde con el trato que constitucionalmente le ha sido conferido a las altas autoridades de los demás órganos del Poder Público (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Ciudadano).

Por otra parte, en virtud del rango constitucional de las autoridades electorales, resulta ajustado a una interpretación integral del reparto de competencias procesales que tiene este Tribunal Supremo de Justicia atribuir el conocimiento de este procedimiento previo a su Sala Plena. Esta ampliación de competencias procesales en razón del cargo público desempeñado por alguna alta autoridad del Estado no es extraña a la labor jurisprudencial de esta Sala Constitucional, puesto que, ya con relación a las acciones de amparo constitucional deducidas contra los miembros del Consejo Nacional Electoral, esta Sala Constitucional ejerce el control jurisdiccional de sus actuaciones de forma exclusiva y excluyente, como altas autoridades insertas en el contenido de los artículos 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 5, numeral 18, de la Ley Orgánica del tribunal Supremo de Justicia (Vid. Entre otras, sentencias de la Sala Nros. 1.025 del 14 de agosto de 2000, caso: *“Alfonso Albornoz Niño”* y 2.141 del 7 de agosto de 2003, caso: *“José Hernández Larreal”*), por ello, la incorporación de los Rectores o Rectoras Electorales debe entenderse dentro de las altas autoridades enumeradas en el artículo 5, numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Por los motivos expuestos, esta Sala Constitucional debe declarar que los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, como ente rector del Poder Electoral, gozan de la prerrogativa del antejuicio de mérito en las mismas condiciones establecidas en el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para los demás altos funcionarios enunciados en esa norma constitucional, en concordancia

con el numeral 2 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y bajo el tratamiento procesal dado a esos funcionarios por el Título IV del Código Orgánico Procesal Penal, *"Del Procedimiento en los Juicios contra el Presidente de la República y otros Altos Funcionarios del Estado"*, previsto en los artículos 377 a 381 de ese cuerpo normativo.

Ello así, la Sala concluye que la norma recogida en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, que extiende la prerrogativa del antejuicio de mérito a los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, no es contraria a la enumeración contenida en los numerales 2 y 3 del artículo 266 del Texto Constitucional, razón por la cual debe declararse sin lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido por el ciudadano Exssel Alí Betancourt Orozco, contra la norma contenida en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.573 del 19 de noviembre de 2002. Así se decide.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

6.1.2.-Inmunidad Parlamentaria

6.1.2.1.-Naturaleza y alcance

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 207, Fecha: 31/03/2014

Determinada la competencia de esta Sala, le corresponde analizar, la admisibilidad de la acción incoada, para lo que debe examinar si los accionantes, ciudadanos JOSÉ ALBERTO ZAMBRANO GARCÍA y DAVID ASCENSIÓN, antes identificados, asistidos de abogado, tienen legitimación para ello.

Con tal propósito, estima necesario esta Sala hacer referencia al criterio asentado en decisión número 656, del 30 de junio de 2000 (caso: *Defensoría del Pueblo* vs. *Comisión Legislativa Nacional*) en la que se expresó lo siguiente:

(...) según el artículo 280 de la Carta Fundamental, la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos. A juicio de esta Sala, la norma señalada no es excluyente y no prohíbe a los ciudadanos el acceso a la justicia en defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos, ya que el artículo 26 de la vigente Constitución consagra el acceso a la justicia a toda persona, por lo que también los particulares pueden accionar, a menos que la ley les niegue la acción. Dentro de la estructura del Estado, y al no tener atribuidas tales funciones, sólo la Defensoría del Pueblo (en cualquiera de sus ámbitos: nacional, estadal, municipal o especial) puede proteger a las personas en materia de intereses colectivos o difusos, no teniendo tal atribución (ni la acción), ni el Ministerio Público (excepto que la ley se la atribuya), ni los Alcaldes, ni los Síndicos Municipales, a menos que la ley se las otorgue.

Asimismo, en decisión n° 1395, del 21 de noviembre de 2000, que ratificó el criterio anterior, se ahondó respecto a qué sujetos están autorizados o facultados de acuerdo a la Norma Constitucional –y ante el vacío legislativo existente en la materia en ese entonces–, para reclamar la tutela efectiva de los derechos e intereses colectivos, de acuerdo al articulo 26 *eiusdem.*

En efecto, la referida decisión señaló que en el caso de los sujetos públicos, es decir, de los órganos o entes estatales, sólo la Defensoría del Pueblo tenía la potestad, con base en los artículos 280 y numeral 2 del 281 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de acudir a los Tribunales de la República para solicitar amparo y tutela efectiva de los derechos e intereses colectivos de las personas que habiten en toda o parte de la República, y que la invocación de su defensa en sede jurisdiccional *"corresponderá a una pluralidad de organizaciones con personalidad jurídica, cuyo objeto esté destinado a actuar en el sector de la vida donde se requiere la actividad del ente colectivo, y que- a juicio del Tribunal- constituya una muestra cuantitativamente importante del sector"*.

En la misma decisión, la Sala precisó, en relación con los sujetos privados, que la Constitución confiere a los ciudadanos un amplio margen para actuar en sede judicial y solicitar la tutela efectiva de los derechos e intereses colectivos, y que tales

actuaciones podían ser adelantadas por organizaciones sociales con o sin personalidad jurídica, o por individuos que acrediten debidamente en qué forma y medida ostentan la representación de al menos un sector determinado de la sociedad y cuyos objetivos se dirijan a la solución de los problemas de comunidad de que se trate. Es a dichas organizaciones o actores sociales, a los que corresponde, solicitar ante esta Sala Constitucional, la tutela judicial efectiva de los derechos o intereses colectivos de rango constitucional a cuya satisfacción, promoción o protección se orienta su actuación, así sea excepcionalmente a través de la acción de amparo según lo establecido en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En tal sentido, se observa que los accionantes si bien adujeron en el encabezado del escrito contentivo de su solicitud, actuar *"afectados en este caso",* al verificar esta Sala la totalidad del escrito, no consta en sus alegatos ni en documento alguno que sus propios intereses estén lesionados con la actuación indicada como lesiva proveniente del Presidente de la Asamblea Nacional, lo cual los hace carecer de cualidad para intentar una acción en protección de sus intereses particulares.

Y en lo que respecta a su actuación en su condición de concejales municipales (del Municipio Baruta), indican que actúan *"…en representación y a nombre de la mayoría de los ciudadanos electores del municipio Baruta y en defensa de los intereses colectivos del resto de los habitantes del municipio Baruta*", observándose que no existe en autos documento alguno del cual pueda desprenderse que se les ha atribuido la representación que dicen tener de la mayoría de los habitantes de ese Municipio, que están o se podrían ver afectados por la denunciada vía de hecho proveniente del Presidente de la Asamblea; menos aun, consta en el presente expediente que tengan la representación del órgano legislativo municipal del cual son miembros, por lo que al no estar legitimados para actuar en protección de los intereses colectivos que dicen representar, ya que el cargo que ejercen, *per se*, no los legitima para ello, así lo ha sostenido esta Sala en anterior oportunidad (v. sentencia n° 2334 del 1 de octubre de 2004), y lo ratifica en este fallo, esta Sala declara **inadmisible** la presente acción, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 150 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

No obstante la declaratoria antes efectuada, esta Sala observa que la situación planteada en el presente caso, tal y como se indicó al examinar la competencia de esta Sala es de trascendencia nacional, y se traduce en un asunto de estricto orden constitucional, pues trata de un asunto relacionado con la alegada pérdida de la investidura de una Diputada a la Asamblea Nacional y la actuación del Presidente del Poder Legislativo Nacional, por lo que la situación planteada podría incidir en el funcionamiento y en la institucionalidad de uno de los órganos de la estructura constitucional del Poder Público Nacional, como lo es el Poder Legislativo Nacional.

Por ello, esta Sala como máxima autoridad de la Jurisdicción Constitucional, siendo la garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, y máximo y último intérprete de la Constitución, le corresponde velar por su uniforme interpretación y aplicación, tal como lo dispone el artículo 335 constitucional, tiene el deber de interpretar el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, y por ello, si bien puede declarar inadmisible una demanda como la planteada en el caso de autos, también puede, para cumplir su función tuitiva y garantista de la Constitución, como norma suprema conforme lo expresa su artículo 7, analizar de oficio la situación de trascendencia nacional planteada, que tal y como se ha indicado, y así fue planteado en el escrito "*afecta la institucionalidad democrática*".

Esta potestad de la Sala, que emerge de su función constitucional, y que en otras oportunidades ha efectuado, no decae porque se declare inadmisible la acción, ya que es su deber asegurar la integridad de la Constitución (artículos 334 y 335 de la vigente Constitución), mediante decisiones jurisdiccionales.

En virtud de que lo planteado en el escrito consignado en el presente caso, es de trascendencia nacional, pues trata de actuaciones de miembros del órgano del Poder Legislativo Nacional, que conforme al artículo 201 "*son representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto*", y que como órgano del Poder Público Nacional tiene, de acuerdo a lo establecido en el artículo 137 de la Constitución, que sujetar sus actuaciones a lo establecido en ella, y al indicarse en el escrito cursante en autos, que "*...un Diputado electo por el pueblo sólo culmina su*

mandato antes del cumplimiento de su período, sea por muerte, renuncia, revocatoria popular de dicho mandato, o por una decisión definitivamente firme de un órgano jurisdiccional, previo antejuicio de mérito ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia", y se solicitó a esta Sala que se pronuncie y se "*…ordene al Presidente de la Asamblea Nacional, Diputado Diosdado Cabello Rondón, permitir la entrada a la Asamblea Nacional a la Diputada María Corina Machado con todos los poderes inherentes a su cargo, y así poner fin a esta gravísima situación que atenta contra la institucionalidad democrática y contra los derechos políticos de los electores del Municipio Baruta*", es por lo que se hace imperativo para esta Sala, analizar lo relativo al ejercicio de la función pública legislativa, y las disposiciones constitucionales que la regulan, esto es, hacer una interpretación en beneficio de la Constitución, y del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna la misma en su artículo 2.

Así, se observa que la Constitución, en el Título V "De la Organización del Poder Público Nacional", regula en su capítulo I, lo relativo al "Poder Legislativo Nacional", rezando el artículo 186 de la Constitución, lo siguiente:

"Artículo 186. La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país. Cada entidad federal elegirá, además, tres diputados o diputadas. Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres. Cada diputado o diputada tendrá un suplente o una suplente, escogido o escogida en el mismo proceso".

La disposición antes citada, revela que el cargo público de Diputada o Diputado de la República Bolivariana de Venezuela se ostenta por medio de la participación política del pueblo, a través de la elección de cargos públicos, consagrada en el artículo 70 de la Constitución.

Ahora bien, en el ejercicio de ese cargo público, los diputados y diputadas tienen las atribuciones que le son propias al cargo,

previstas en el Texto Fundamental, e igualmente tienen –por el cargo ostentado- expresas prohibiciones, entre ellas, la establecida en el artículo 191, que es del siguiente tenor:

Artículo 191. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional no podrán aceptar o ejercer cargos públicos sin perder su investidura, salvo en actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, siempre que no supongan dedicación exclusiva.

En esta disposición, el Constituyente hace expresa salvedad que el diputado o diputada podrá ejercer otras actividades que no generan la pérdida de su investidura, señalando actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, cuando el desempeño de las mismas no supongan dedicación exclusiva o desmedro de las funciones que ya ejerza, ya que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 197 de la Constitución, como Diputados y Diputadas a la Asamblea Nacional deben cumplir sus labores a dedicación exclusiva.

Así, el artículo 197 antes indicado, dispone:

Artículo 197: Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacionales están obligados y obligadas a cumplir sus labores a dedicación exclusiva, en beneficio de los intereses del pueblo y a mantener una vinculación permanente con sus electores y electoras, atendiendo sus opiniones y sugerencias y manteniéndolos informados e informadas acerca de su gestión y la de la Asamblea. Deben dar cuenta anualmente de su gestión a los electores y electoras de la circunscripción por la cual fueron elegidos o elegidas y estarán sometidos al referendo revocatorio del mandato en los términos previstos en esta Constitución y en la ley sobre la materia.

De allí que respecto a lo establecido en el artículo 191 *ut supra*, es que puede generarse la duda sobre el alcance de la norma transcrita, en lo que deba entenderse como actividades accidentales o asistenciales, y las consecuencias jurídicas previstas en dicha disposición constitucional, por cuanto como se ha indicado en el caso planteado, el Presidente de la Asamblea Nacional presuntamente violó el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución, de la ciudadana María Corina Machado, "*por el solo hecho de su participación accidental en la OEA, lo cual está permitido por la Constitución*".

Al respecto, se observa que la prohibición contenida en el artículo 191 transcrito es exclusiva al cargo público de Diputada o Diputada de la Asamblea Nacional, y responde a la necesidad de que exista una ética parlamentaria o legislativa, y está plenamente concatenada con otras disposiciones constitucionales tendientes a preservar la ética como valor superior de la actuación de los órganos del Estado, y principios como la honestidad, eficiencia, transparencia y responsabilidad, entre otros, en el ejercicio de la función pública, siendo la condición de funcionario o funcionaria pública, inherente a la prestación de un servicio a los ciudadanos y ciudadanas de la República Boli variana de Venezuela, independientemente que aquélla se lleve a cabo a través del cargo que se ocupe en alguno de los órganos que conforman el Poder Público Nacional, esto es, sea el cargo ocupado de carrera, de confianza o de elección popular.

En efecto, se desprende la condición de funcionarios y funcionarias públicas de los Diputados y Diputadas de la Asamblea Nacional, de lo señalado en las siguientes disposiciones legislativas.

El artículo 3 de la Ley contra la Corrupción, establece:

“Artículo 3. Sin perjuicio de lo que disponga la Ley que establezca el Estatuto de la Función Pública, a los efectos de esta Ley se consideran funcionarios o empleados públicos a:

*1. Los que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, **originadas por elección**, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de los estados, de los territorios y dependencias federales, de los distritos, de los distritos metropolitanos o de los municipios, de los institutos autónomos nacionales, estadales, distritales y municipales, de las universidades públicas, del Banco Central de Venezuela o de cualesquiera de los órganos o entes que ejercen el Poder Público. (Resaltado de este fallo)…Omissis…” l artículo 1 Ley del Estatuto de la Función Pública, dispone:“…Omissis…Quedarán excluidos de la aplicación de esta Ley: 1. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Legislativo Nacional; (…)”.*

De esas disposiciones, resulta evidente que los Diputados y Diputadas de la Asamblea Nacional son funcionarios y

funcionarias públicas que ocupan un cargo de elección popular en un órgano del Poder Público Nacional, como lo es el Poder Legislativo, y están obligados a cumplir sus labores a dedicación exclusiva como lo impone el artículo 197 constitucional, y sometidos a unas prohibiciones que el Constituyente estimó necesarias consagrarlas en forma expresa, en aras de evitar actuaciones contrarias a la ética (véase, Código de Ética de los Servidores y Servidoras Públicas del 12 de diciembre de 2013), y a los principios de soberanía, independencia, autodeterminación, responsabilidad social, paz internacional, justicia, entre otros, por ser éstos, base fundamental del Estado Venezolano en la forma en que ha sido consagrado en los artículos 1 y 2 de la Constitución, y como deber de los venezolanos y venezolanas como se consagra en el artículo 130 *eiusdem*.

Por ello, es indiscutible que aquellas personas que ostenten la condición de servidores o funcionarios públicos están sometidos a lo preceptuado en la Constitución, las leyes, los Reglamentos y normas que rijan sus funciones en los cargos ocupados en los órganos del Poder Público de la República Bolivariana de Venezuela, sin que por ningún motivo puedan menoscabar la soberanía e independencia del país, su integridad territorial, la autodeterminación y los intereses nacionales de Venezuela.

Establece así la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, prohibiciones expresas con el objetivo de impedir que las personas que presten la función pública incurran en hechos contrarios a la ética, a la moral y honestidad que debe imperar en todas sus actuaciones; que atenten contra la independencia y soberanía nacional, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la nación, o contra el funcionamiento de las instituciones del Estado. Así, el artículo 149, dispone que:

Artículo 149. Los funcionarios públicos y funcionarias públicas no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin la autorización de la Asamblea Nacional.

Como se desprende de lo dispuesto en el artículo 149 citado, en concordancia con lo establecido en el numeral 13 del artículo

187 de la Constitución, para que un funcionario público o una funcionaria pública acepte de un gobierno extranjero, un cargo, honor o recompensa, es obligatorio que cuente con la autorización, esto es, el permiso o licencia del Poder Legislativo Nacional, en la persona de su Presidente, por cuanto es quien ejerce la dirección de esa función pública en el Poder Legislativo Nacional.

Esta disposición tiene su razón de ser y es que toda persona tiene el deber de cumplir y acatar la Constitución, las leyes y demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público, y aun mas quienes ejerzan la función pública, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución, "*Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la Ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que las ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores*".

Dicho lo anterior, resulta relevante destacar lo señalado por esta Sala en sentencia n° 698 del 29 de abril de 2005, al decidir sobre el recurso de interpretación interpuesto por el ciudadano Orlando Alcántara Espinoza, respecto de los artículos 148, 162 y 191 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

L*os legisladores estadales, al igual que los Diputados a la Asamblea Nacional y en general todo funcionario público, están sujetos en principio a la incompatibilidad para la aceptación o ejercicio de dos o más cargos públicos, salvo que se trate de alguna de las excepciones previstas constitucionalmente y siempre que el desempeño de las tareas simultáneas no vaya en desmedro de la función respectiva. En caso de que se acepte o ejerza un cargo público que no encuadre en las excepciones, se entiende que el Legislador (como los Diputados) ha perdido su investidura.*

Como ya lo señaló esta Sala, la incompatibilidad es el motivo que subyace de lo establecido en el artículo 191 constitucional, pues si se van a realizar actividades que ameriten una función de similar naturaleza (como lo es la representación) o que vaya en desmedro de la ejercida, se debe solicitar el permiso a la Asamblea Nacional, y ésta acordarlo, para luego separarse

temporalmente de manera legal de sus funciones legislativas y por ende del cargo de Diputado o Diputada ocupado, mientras se ejerza el nuevo cargo o función para el cual fue designado y autorizado, atendiendo para tal proceder a la normativa consagrada en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional.

De allí que la pérdida de investidura a la que alude el artículo 191 constitucional, es la consecuencia jurídica prevista por el Constituyente ante el hecho o circunstancia de la aceptación de actividades incompatibles –que por su carácter- van en desmedro de la función pública ejercida.

En ese orden de ideas, la aceptación de una representación (sea permanente o alterna), indistintamente a su tiempo de duración, ante un órgano internacional por parte de un Diputado o Diputada a la Asamblea Nacional que está desempeñando su cargo durante la vigencia del período para el cual fue electo o electa, constituye una actividad a todas luces incompatible, y no puede considerarse como actividad accidental o asistencial, pues esa función diplomática va en desmedro de la función legislativa para la cual fue previamente electo o electa.

Esa es la interpretación que debe dársele al artículo 191 de la Constitución concatenadamente a otras disposiciones como el artículo 149 *eiusdem*, en aras de preservar la ética como valor superior del ordenamiento jurídico, el respeto a las instituciones del Estado Venezolano y el deber de cumplir de acatar la Constitución, las leyes y las normas del ordenamiento jurídico de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

Respecto a la situación planteada en el presente caso, se indicó en el escrito que "*…es un hecho público, notorio y comunicacional que el Diputado Cabello anuncio el día 24 de marzo al país, que haría cesar en sus funciones a la Diputada María Corina Machado por su participación en la Organización de Estados Americanos, lo cual fue ratificado en el día de ayer 25 de marzo, retirándola de la nómina de parlamentarios, con lo cual incurrió en usurpación de funciones, la violación del debido proceso y el menoscabo de los derechos políticos de los ciudadanos del municipio Baruta y de todos los ciudadanos venezolanos*".

En relación al hecho notorio comunicacional, esta Sala Constitucional en sentencia N° 98 del 15 de marzo de 2000, caso: "*Oscar Silva Hernández*", ratificada en el fallo N° 280 del 28 de febrero de 2008, caso: "*Laritza Marcano Gómez*", dejó sentado el siguiente criterio: *…(Omissis) El hecho comunicacional, fuente de este tipo particular de hecho notorio que se ha delineado, es tan utilizable por el juez como el hecho cuyo saber adquiere por su oficio en el ejercicio de sus funciones, y no privadamente como particular, lo que constituye la notoriedad judicial y que está referido a lo que sucede en el tribunal a su cargo, como existencia y manejo de la tablilla que anuncia el despacho; o lo relativo al calendario judicial, a los cuales se refiere el juzgador sin que consten en autos copias de los mismos; notoriedad judicial que incluye el conocimiento por el juez de la existencia de otros juicios que cursan en su tribunal, así como el de los fallos dictados en ellos.*

¿Puede el juez fijar al hecho comunicacional, como un hecho probado, sin que conste en autos elementos que lo verifiquen? Si se interpreta estrictamente el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual es un principio general, el juez sólo puede sentenciar en base a lo probado en autos, con excepción del hecho notorio. Tiene así vigencia el vetusto principio que lo que no está en el expediente no está en el mundo. Pero si observamos las sentencias, encontramos que ellas contienen un cúmulo de hechos que no están probados en autos, pero que son parte del conocimiento del juez como ente social, sin que puedan tildarse muchos de ellos ni siquiera como hechos notorios. Así, los jueces se refieren a fenómenos naturales transitorios, a hechos que están patentes en las ciudades (existencia de calles, edificios, etc.), a sentencias de otros tribunales que se citan como jurisprudencia, a obras de derecho o de otras ciencias o artes, al escándalo público que genera un caso, a la hora de los actos, sin que existan en autos pruebas de ellos.

Si esto es posible con esos hechos, que casi se confunden con el saber privado del juez, con mucha mayor razón será posible que el sentenciador disponga como ciertos y los fije en autos, a los hechos comunicacionales que se publicitan hacia todo el colectivo y que en un momento dado se hacen notorios (así sea transitoriamente) para ese colectivo.

Esta realidad lleva a esta Sala a considerar que el hecho co-

municacional, como un tipo de notoriedad, puede ser fijado como cierto por el juez sin necesidad que conste en autos, ya que la publicidad que él ha recibido permite, tanto al juez como a los miembros de la sociedad, conocer su existencia, lo que significa que el sentenciador realmente no está haciendo uso de su saber privado; y pudiendo los miembros del colectivo, tener en un momento determinado, igual conocimiento de la existencia del hecho, por qué negar su uso procesal.

El hecho comunicacional puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia.

Pero el juez, conocedor de dicho hecho, también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual, debido a la difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada, o puede tener acceso a él en caso que no lo conociera o dudase. Tal conocimiento debe darse por cierto, ya que solo personas totalmente desaprensivos en un grupo social hacia el cual se dirije el hecho, podrían ignorarlo; y un juez no puede ser de esta categoría de personas.

Planteado así la realidad de tal hecho y sus efectos, concatenado con la justicia responsable y sin formalismos inútiles que el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla; aunado a que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, tal como lo establece el artículo 257 de la vigente Constitución, y que el Estado venezolano es de derecho y de justicia, como lo expresa el artículo 2 ejusdem, en aras a esa justicia expedita e idónea que señala el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a pesar de que el hecho comunicacional y su incorporación a los autos de oficio por el juez, no está prevenido expresamente en la ley, ante su realidad y el tratamiento que se viene dando en los fallos a otros hechos, incluso de menos difusión, esta Sala considera que para desarrollar un proceso justo, idóneo y sin formalismos inútiles, el sentenciador puede dar como ciertos los hechos comunicacionales con los caracteres que luego se indican, y por ello puede fijar como cierto, los hechos que de una manera uniforme fueron objeto de difusión por los medios de

comunicación, considerándolos una categoría de hechos notorios, de corta duración...”.

Con fundamento en lo expuesto, a juicio de esta Sala se convirtieron en hechos notorios comunicacionales y se tienen como ciertos, las siguientes informaciones relacionadas con los hechos a que se refiere el asunto examinado en la presente causa, a saber:

Que con fecha 5 de marzo de 2014, el Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, ciudadano Nicolás Maduro Moros, en su condición de Jefe de Estado, decidió romper relaciones comerciales y diplomáticas con la República de Panamá, anunciando al país lo siguiente: ***“He decidido romper con las relaciones diplomáticas y comerciales con Panamá. Nadie va a conspirar contra nuestro país. A Venezuela se respeta y no voy a aceptar que nadie conspire contra Venezuela para pedir una intervención”***. Tomado de la página web http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-Venezuela-rompio-relaciones-Panama_0_367163449.html (resaltado de este fallo).

Que con fecha 20 de marzo de 2014, fue dirigida una misiva al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, ciudadano José Miguel Insulza, por parte del Representante Permanente de Panamá ante ese organismo, ciudadano Arturo Vallarino, para solicitar que a partir de ese día, la ciudadana María Corina Machado, fungiera como Representante Alterna de la Delegación de Panamá. En la misma, se lee: “*Tengo el honor de dirigirme a vuestra excelencia a fin de solicitarle tenga a bien acreditar* ***a la diputada María Corina Machado, como Representante Alterna de la Delegación de la República de Panamá*** *ante la Organización de Estados Americanos,* ***a partir de la fecha”***. (Resaltado de este fallo). Tomado de la página web http://www.informa-tico.com/25-03-2014/lo-dijo-insulza-maria-corina-silla-prestada.

Que en Sesión Plenaria de la Asamblea Nacional del día 25 de marzo de 2014, fue solicitada la Moción de Urgencia del Diputado Andrés Eloy Méndez, mediante la cual requirió la declaratoria de pérdida de la investidura de la ciudadana María Corina Machado, como Diputada a la Asamblea Nacional; **la cual fue aprobada por ese órgano legislativo.**

Siendo ello así, esta Sala observa que tal y como se ha indicado es un hecho notorio comunicacional, el que la ciudadana María Corina Machado, en su condición de Diputada a la Asamblea Nacional, aceptó participar en el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos *"como representante alterna del gobierno de Panamá"*, por lo que la circunstancia que haya podido participar o no, y los términos en que lo hubiese hecho, son irrelevantes, ante la evidente violación de las disposiciones constitucionales que regulan la función pública legislativa, la condición de ocupar un cargo de Diputada a la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, y el deber que como todo venezolano y venezolana tiene de honrar y defender a la patria, sus símbolos, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la nación (artículo 130 constitucional).

Se observa que en las reuniones de la Organización de Estados Americanos, los países que la integran están representados por un miembro permanente en la misma, o uno alterno que el país en cuestión haya decidido, sea el que haga en su nombre el uso de palabra en dicha reunión y por tanto tenga derecho a voto. En efecto, el artículo 56 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, dispone que "*Todos los Estados miembros tienen derecho a hacerse representar en la Asamblea General. Cada Estado tiene derecho a un voto".*

De todo lo anterior, resulta evidente que la ciudadana María Corina Machado no sólo omitió solicitar la autorización al Presidente de la Asamblea Nacional, en atención al artículo 149 de la Constitución, para aceptar la designación como representante alterna de otro país (Panamá) ante un organismo internacional como lo es la Organización de Estados Americanos, sino que, peor aún, pretendió actuar como Diputada a la Asamblea Nacional ante ese organismo internacional, sin estar autorizada por la Asamblea Nacional ni por las autoridades que dirigen las Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, en evidente transgresión de lo dispuesto en los artículos 152 y 236, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por ello, la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el artículo 191 de la Constitución resulta ajustada al caso planteado, al operar de pleno derecho, ante la aceptación de una representación alterna de un país, indistintamente a su tiempo de duración, ante un órgano internacional por parte de la ciudadana María Corina Machado, quien estaba desempeñando su cargo de Diputada a la Asamblea Nacional, lo cual constituye una actividad a todas luces incompatible durante la vigencia de su función legislativa en el período para el cual fue electa, pues esa función diplomática no solo va en desmedro de la función legislativa para la cual fue previamente electo o electa, sino en franca contradicción con los deberes como venezolana (artículo 130 constitucional) y como Diputada a la Asamblea Nacional (artículo 201 *eiusdem*). Así se declara.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Plena
Nº 58, Fecha: 09/11/2010

En el caso ***sub examine***, se observa que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy declinó en esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de la causa penal iniciada en contra del ciudadano BIAGIO PILIERI GIANINNOTO, *supra* identificado, por la presunta comisión de los delitos de peculado doloso propio, malversación agravada de fondos públicos y concertación ilegal con contratista, tipificados en los artículos 52, 57 y 60, respectivamente, de la Ley contra la Corrupción. Como fundamento de tal decisión, arguyó la predicha Corte que, de conformidad con lo previsto en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de que el procesado de autos resultó electo diputado por el Estado Yaracuy en los recientes comicios parlamentarios celebrados el 26 de septiembre de 2010, correspondía a este Alto Tribunal, en Sala Plena, proseguir el enjuiciamiento del mismo.

Con miras a efectuar un pronunciamiento a este respecto, se estima impretermitible analizar, preliminarmente, el régimen de protección a la función parlamentaria estatuido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, conviene referir lo preceptuado en los artículos 199 y 200 del texto fundamental, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 199. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional no son responsables por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante los electores o electoras y el cuerpo legislativo de acuerdo con esta Constitución y con los Reglamentos.

Artículo 200. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que violen la inmunidad de los o las integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley". (Subrayados de este fallo).

Las normas recién transcritas vienen a formar parte del denominado *estatuto parlamentario*, entendido como el sistema normativo que dispone los deberes, derechos, prerrogativas e incompatibilidades que invisten a los miembros del Poder Legislativo. Específicamente, las anotadas disposiciones constitucionales consagran el régimen de inmunidad (***lato sensu***) que asiste a los representantes del pueblo en el seno de la Asamblea Nacional: (*i*) la inviolabilidad o irresponsabilidad y (*ii*) la inmunidad (***stricto sensu***), como garantías fundamentales de protección de las funciones legislativas y de control político y fiscal que acometen sus miembros. La primera de tales prerrogativas, la *inviolabilidad o irresponsabilidad*, impide que los diputados sean perseguidos –en cualquier tiempo- por la manifestación de opiniones en el ejercicio de su función parlamentaria. La segunda de ellas, *la inmunidad en sentido estricto*, consagra la imposibilidad de perseguir criminalmente a los miembros del Parlamento con oca-

sión de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie la autorización de la Cámara de la cual forman parte (allanamiento) y el antejuicio de mérito, a menos que hayan sido aprehendidos en flagrancia (sobre este último supuesto, véase stc. nº 16 del 22 de abril de 2010, caso: *Wilmer Azuaje*).

Ya esta Sala tuvo ocasión de pronunciarse en torno a la señalada inmunidad, mediante fallo del 26 de julio de 2000 (caso: *Miguel Díaz Sánchez*), estableciendo lo siguiente:

"La inmunidad parlamentaria y el régimen adjetivo del Antejuicio de mérito se encuentran consagrados dentro del ordenamiento constitucional de 1999, con ciertas diferencias respecto de la regulación de la Constitución de la República de Venezuela de 1961.

Así, en la recientemente publicada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la inmunidad parlamentaria de los diputados a la Asamblea Nacional, ha sido regulada dentro de la Sección Tercera (de los Diputados y Diputadas a la Asamblea Nacional), del Capítulo I (Del Poder Legislativo Nacional), del Título V (De la Organización del Poder Público Nacional), en el artículo 200 que consagra expresamente, lo siguiente:

[omissis]*En efecto, la Constitución vigente modifica e innova en algunos aspectos la regulación constitucional establecida por el Constituyente de 1961. Uno de los aspectos que cambió con la nueva regulación constitucional, está referido a la vigencia temporal de la inmunidad parlamentaria como excepción al principio de igualdad frente a la ley. Así, tal como se desprende del artículo 143 y 147 de la Constitución de 1961, el referido privilegio surtía efectos desde el momento de la proclamación del parlamentario en su cargo, prolongándose durante los veinte días siguientes a la conclusión del mandato o la renuncia del parlamentario. Sin embargo, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dicho privilegio se circunscribe temporalmente desde el momento de la proclamación hasta la culminación del mandato, bien sea por renuncia o debido a la terminación del período, esto es, que ha sido suprimida la extensión del privilegio durante los veinte días siguientes a la cesación en el cargo.*

Resulta claro que la inmunidad parlamentaria como excepción al principio de la igualdad, se justifica sólo, y nada

***más por eso, en la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que las personas en el ejercicio de la actividad parlamentaria, no se vean distraídas en sus misiones por ataques infundados, a los cuales, justamente por ser figuras públicas, se encuentran permanentemente expuestos*”.**

A mayor abundamiento, conviene recordar que la Constitución de 1961 reconocía la prerrogativa parlamentaria de la inmunidad a la persona del congresista, pero en su vertiente eminentemente adjetiva o procesal. Con ello se quiere significar que el delito podía haber sido cometido en el ejercicio de sus funciones o antes; lo importante era verificar que con motivo de un juicio penal el diputado electo estuviera procesado por una conducta delictiva y se encontrase a la fecha de su proclamación (o con posterioridad a ella) arrestado, detenido, confinado o sometido a juicio penal.

Pero la vigente Carta Magna introduce en su artículo 200 un cambio cualitativo en la aplicación de esta prerrogativa. En efecto, la citada disposición alude al goce de la inmunidad parlamentaria “*en el ejercicio de sus funciones*”, como destacara la Sala *supra*, y más adelante refiere que los delitos son los cometidos por los integrantes de la Asamblea Nacional.

De esta forma, bajo el nuevo esquema constitucional el constituyente utilizó como criterio determinante de la protección el sustantivo y no el adjetivo o procesal. Es decir, la inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional, no a los que hubiere cometido antes de la elección y es por ello que no existe alusión alguna en el citado artículo 200 a la eventual circunstancia del arresto, detención o confinamiento para el momento de la proclamación.

Recuérdese que, tratándose de una prerrogativa que –aun autorizada por la propia Carta Fundamental- constituye una excepción al derecho a la igualdad y al derecho a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas de esos delitos, en tanto sustrae del fuero de la justicia penal a los miembros de parlamento y, en esa medida, para que no se convierta en un chocante privilegio que aliente la impunidad del infrac-

tor, debe ser interpretada de manera restrictiva. Bajo estas premisas, resultaría aplicable sólo cuando obedezca al imperativo constitucional que le da asidero: la protección de las delicadas funciones de legislación, fiscalización y control político que desarrollan los integrantes del Poder Legislativo frente a indebidas persecuciones propiciadas por los más diversos agentes.

Desde la óptica anotada, debe insistirse, la inmunidad parlamentaria, antes que prerrogativa personal de los integrantes del Parlamento, se constituye en una garantía institucional que protege la incolumidad de sus funciones frente a las pretensiones arbitrarias de los particulares u órganos del Poder Público.

En este sentido, es preciso reiterar que el artículo 200 de la Constitución contempla la inmunidad parlamentaria "*en el ejercicio de sus funciones*" (condición o requisito ausente en la Carta de 1961) de los diputados a la Asamblea Nacional "*desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo*". Si, como antes se indicó, la inmunidad es una prerrogativa que sólo se otorga (como excepción al principio de la igualdad) para garantizar la autonomía e integridad del Poder Legislativo, la misma sólo puede existir en función del cuerpo legislativo al cual dicha persona pertenezca, siempre y cuando se encuentre efectivamente instalado.

Así las cosas, mal puede amparar la inmunidad al parlamentario por la comisión de delitos cuya persecución se haya iniciado con anterioridad a su proclamación, en el entendido de que tal momento tiene lugar una vez que hayan sido satisfechos los extremos previstos en los artículos 153 al 155, ambos inclusive de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.

Por otra parte, lógico es deducir que para que el diputado electo pueda gozar de tal prerrogativa, que como tal es de naturaleza restrictiva por violentar el principio de igualdad, el cuerpo al cual pertenezca debe existir o estar en funcionamiento. Ello, por cuanto resultaría inconcebible que se concedan prerrogativas como la inmunidad sin que exista la posibilidad de que la misma sea allanada, pues ello promovería una total impunidad en caso de que se configurara una conducta delictiva.

Es imprescindible insistir, como refiere el catedrático español Ramón Soriano, que la inmunidad parlamentaria no puede convertirse en "*refugio de quienes temen el control de Poder Judicial*". En dicho sentido, el iuspublicista concluye que "*la inmunidad-refugio es el talón de Aquiles de la institución, porque fomenta su descrédito ante los ciudadanos: descrédito que crece con la actitud proteccionista del partido respecto del parlamentario que tenga problemas con la justicia. La inmunidad-refugio es un privilegio no sólo contrario al principio de igualdad, sino a una justicia igual para todos (que es uno de los máximos vicios concebibles en la vulneración de dicho principio de igualdad). Que un político no cargue con sus responsabilidades políticas al ser imputado y procesado, y además pretenda permanecer inmune en las filas del Parlamento, con la protección de su partido, es un plato demasiado fuerte para ser digerido por el simple ciudadano* [...] *¿Qué puede pensar el simple ciudadano cuando ve que se utilizan los honorables escaños de la representación del pueblo como trinchera y escudo contra la justicia*?" (SORIANO, Ramón. Revista Jueces para la Democracia, nº 43, marzo 2002, "*La Inmunidad de los Parlamentarios: más privilegio que garantía*", p.30) [subrayado de este fallo].

Con base en estos razonamientos, y al amparo de nuestro ordenamiento constitucional, debe negarse la existencia de tal protección especial a favor del ciudadano BIAGIO PILIERI GIANINNOTO, quien no contaba con la investidura de diputado para el momento en el que presuntamente cometió los hechos criminales que se le imputan y cuya persecución penal se inició con antelación al proceso comicial que le otorgó un escaño en la Asamblea Nacional que habrá de instalarse el próximo 5 de enero. De esta forma, no encontrándose investido de la prerrogativa de inmunidad parlamentaria por los delitos cuya comisión se investiga en los presentes autos, debe esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia rehusar la competencia que le fuera declinada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy, pues ella corresponde a la justicia penal ordinaria. Por tal motivo, se ordena a la predicha Corte continuar la tramitación de la presente causa en la fase de conocimiento de segunda instancia. Asimismo, dicha Corte deberá examinar la pertinencia de la medida cautelar sustitutiva acordada, contenida en el fallo declinatorio del 28 de septiembre de 2010, a la luz de las consideraciones expuestas en este fallo. Así, finalmente, se decide.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Plena
Nº 59, Fecha: 09/11/2010

Los defensores del ciudadano Richar José Blanco Cabrera solicitaron al Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que en virtud de que dicho ciudadano había sido elegido Diputado a la Asamblea Nacional, debían ser revocadas las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad que en su contra había dictado dicho tribunal.

El juzgado mencionado, luego de haber dejado constancia de la condición de Diputado a la Asamblea Nacional del referido ciudadano, acordó, con fundamento en lo establecido en los artículos 162 (sic), 200 y 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 378 del Código Orgánico Procesal Penal, separar de la causa que venía conociendo lo relativo al proceso que se le seguía, y enviar copia del expediente a esta Sala Plena.

La premisa fundamental que la solicitud referida plantea, es que el ciudadano Richar José Blanco Cabrera fue electo Diputado a la Asamblea Nacional en el proceso electoral que se llevó a cabo el 26 de septiembre de 2010. En tal sentido, la solicitud incoada pasa, necesariamente, por determinar la veracidad de lo afirmado por los mencionados defensores y la naturaleza y alcance de los atributos o prerrogativas que dicho cargo de elección popular trae aparejados.

Respecto a la elección del ciudadano Richar José Blanco Cabrera como Diputado a la Asamblea Nacional, aparte de ser un hecho público y de haber sido informado debidamente por el Consejo Nacional Electoral, dicha elección quedó acreditada en autos mediante la presentación de la credencial otorgada, el día lunes 27 de septiembre de 2010, al mencionado ciudadano, por la Junta Regional Electoral del Distrito Capital.

Ahora bien, en cuanto a los efectos que produjo en la situación jurídica procesal del ciudadano Richar José Blanco Cabrera su elección como Diputado a la Asamblea Nacional, así como la

repercusión que su condición de Diputado tendría con respecto a las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad que le fueron impuestas, tratará la Sala seguidamente.

1.- Con el fin de determinar, en concreto, cuáles son los efectos que se derivan de la condición de Diputado a la Asamblea Nacional, la Sala estima útil hacer referencia al modo como han sido consagradas las prerrogativas parlamentarias en las constituciones venezolanas, particularmente aquélla que se ha denominado "inmunidad parlamentaria", para distinguirla de la "inviolabilidad parlamentaria"; ello permitirá advertir la evolución que ha venido sufriendo dicha institución, sus caracteres más resaltantes y los cambios en la intención de los constituyentes respecto a los efectos y naturaleza de la institución.

1.1. En lo que respecta a la Constitución de 1811, ésta estableció que los Representantes y Senadores no podían ser aprisionados durante el tiempo en que desempeñasen sus funciones legislativas, y durante el tiempo que les tomaba llegar al lugar de las sesiones o volver a sus domicilios, salvo que incurriesen en los delitos de traición o perturbación de la paz pública; asimismo, los miembros del Congreso estaban exentos de responsabilidad por las opiniones expresados en la Cámara a la cual hubiesen pertenecido ("párrafo" 69, Sección Sexta, Capítulo Segundo).

Este "párrafo" recuerda la justificación que algunos textos de derecho constitucional refieren como el origen de las prerrogativas parlamentarias en Inglaterra. Dichos textos afirman que la génesis de los privilegios parlamentarios (*parliamentary privileges*) se debió al requerimiento que hicieron los monarcas de que los servicios de sus consejeros o funcionarios de alto rango que fuesen, al mismo tiempo, parlamentarios, no fuesen susceptibles de interrupciones por hostigamiento durante su viaje al parlamento o detención por parte de sus acreedores; a fin de evitar tales situaciones, los monarcas prohibieron que se les acosara o arrestara (cf. Munro, Colin: *Studies in constitutional law*, pág. 215).

Actualmente, la prerrogativa frente al arresto en el Reino Unido ha perdido mucha de su importancia, aunque se la conserva para ciertos casos y siempre y cuando el hecho objeto de

investigación no guarde relación con la presunta comisión de un delito.

Volviendo al párrafo 69 de la Constitución de 1811, se observa que consagra las dos modalidades en que se acostumbra a clasificar las prerrogativas legislativas. En la primera parte del mismo se hace referencia a la inmunidad parlamentaria, y en la segunda a la llamada inviolabilidad parlamentaria. Con arreglo a la primera, se prohíbe la detención del parlamentario durante el tiempo en el que debían desempeñar sus funciones legislativas: "*La inmunidad de los Representantes y Senadores (…) se reduce a no poder ser aprisionados durante el tiempo que desempeñen sus funciones legislativas*".

A este tipo de inmunidad la denominará la Sala "inmunidad contra al arresto", pues lo que ella prohíbe es la detención por razones de orden político de los miembros del cuerpo legislativo; dicha inmunidad habrá que distinguirla de otras especies, como la que denominaremos "inmunidad contra el proceso", la cual prohíbe que se siga cualquier tipo de proceso judicial contra los parlamentarios. La primera es una garantía contra la interrupción inadvertida de el ejercicio de las funciones parlamentarias, pero no contra el enjuiciamiento propiamente, pues de algún modo lo permite cumplidas como fueren ciertas formalidades; la segunda, en cambio, está dirigida más bien al libre ejercicio de la actividad parlamentaria, o, al ejercicio pleno y absoluto de dicha actividad. Ambas modalidades se enfrentan tanto en su alcance como en sus principios. En resumen, la "inmunidad contra el arresto" no prohíbe el enjuiciamiento; la "inmunidad contra el proceso", prohíbe el enjuiciamiento. En lo que sigue, la Sala dará cuenta de la evolución de la inmunidad parlamentaria a la luz de esta clasificación. Sin embargo, debe advertirse que en algunos casos los tipos no se presentan puros, lo cual será advertido en su momento.

De manera similar, aunque más diáfana en cuanto a la posibilidad de enjuiciamiento, la Constitución de 1819, por ejemplo, estableció una "inmunidad contra el arresto", pero no una "inmunidad contra el proceso", pues, conforme al artículo 2º, de la Sección Cuarta del Título 6, los miembros del Congreso no podían ser arrestados, pero sí juzgados por el Senado.

La Constitución de 1830 consagró en su artículo 83 que, en casos graves, los Senadores y Representantes podían ser arrestados y procesados. En casos menos graves, no podían ser arrestados, pero sí enjuiciados. Es decir, con arreglo a esta Constitución, dichos funcionarios no gozaban de "inmunidad frente al proceso", al menos de forma absoluta, es decir, podían ser procesados por los delitos que cometiesen.

El artículo 34 de la Constitución de 1857 es, en esencia, similar al articulo 83 de la Constitución de 1830, es decir, consagra la posibilidad de que los Senadores y Diputados fuesen sometidos a juicio criminal, más no civil, "desde el día de la elección, y mientras duran las sesiones y regresan a sus casas; y en los demás años, desde dos meses antes de la reunión del Congreso". Es decir, los miembros del Congreso podían ser enjuiciados.

Similar al anterior es el artículo 43 de la Constitución de 1858, pues autoriza el enjuiciamiento de los Senadores y Diputados en causas criminales.

Es decir, en el período que va desde la Constitución de 1811 hasta la Constitución de 1858, predominó la "inmunidad contra el arresto"; lo cual significa que la intención del constituyente fue que los miembros del cuerpo legislativo fuesen enjuiciados por la comisión de delitos, siempre tras el cumplimiento de ciertas formalidades. Es decir, esta etapa se caracteriza por rechazar la "inmunidad contra el proceso".

1.2. La Constitución de 1864 forma parte de un segundo grupo de constituciones en las cuales se consagra la "inmunidad contra al proceso" de forma temporal y retroactiva. La libertad absoluta de los Senadores y Diputados durante el tiempo señalado por dichas constituciones, es decir, la imposibilidad de arrestarlos, derivaba de la imposibilidad de que los juicios abiertos antes o durante el ejercicio de sus funciones pudiesen continuar.

La prohibición fue consagrada en el artículo 38 de la referida constitución; según dicho artículo, los parlamentarios gozaban de inmunidad, y esta consistía "en la suspensión de todo procedimiento, cualquiera que sea su origen o naturaleza". Es decir, en oposición a las constituciones del período 1811-1858, en las

cuales, explícita o implícitamente se permitía el enjuiciamiento, y hasta el arresto en casos graves, en la Constitución de 1864 hubo un giro en esta marcha, pues se prohíbe que "*desde el veinte de Enero de cada año hasta treinta días después de terminadas las sesiones*" se sigan las causas de cualquier tipo en que estén involucrados los congresistas.

Idéntica o similar disposición se encuentra en el artículo 38 de las constituciones de 1874, 1881 y 1891; en el artículo 39 de la Constitución de 1893; bajo el artículo 48 de la Constitución de 1901; en el artículo 46 de la Constitución de 1904; en el artículo 51 de la Constitución de 1909; y en el artículo 49 de las constituciones de 1914 y de 1922.

1.3. La Constitución de 1925 supone una revitalización parcial de la "inmunidad contra el arresto"; es decir, implicó un consagración parcial del modelo seguido por las constituciones que van desde la de 1811 a la de 1858, pues, a diferencia de lo que establecían las constituciones del período 1864-1922, ya no preceptúan que la inmunidad consiste en la suspensión de las causas, sino en que los parlamentarios no pueden "ser presos, arrestados, confinados ni en modo alguno detenidos ni coartados en el ejercicio de sus funciones ni aun cuando en dicho tiempo incurrieren en delito"; luego se precisa que si "el hecho punible que se les atribuyere mereciere pena corporal, el sumario quedará paralizado, mientras dure la inmunidad" (ordinal 1º del artículo 70).

Se vuelve, pues, a la "inmunidad contra el arresto", y la "inmunidad contra el proceso" sólo operaría, al menos por lo que se desprende de una lectura literal de la norma, respecto a los hechos punibles que fuesen cometidos durante la vigencia de la inmunidad, es decir, "*desde treinta días antes del 19 de abril hasta treinta días después de terminadas las sesiones*". De igual modo, se permite que se evacuen todas las diligencias conducentes a la investigación del hecho, lo cual es una novedad respecto a sus predecesoras. Sin embargo, no se permite el allanamiento de la inmunidad parlamentaria. Dicho precepto se repite en la Constitución de 1928, en la de 1929, en la de 1931, en todas en el artículo 70; en el artículo 69 de la Constitución de 1936, en el artículo 70 de la Constitución de 1945.

Es evidente que estas constituciones crearon un modelo de inmunidad parlamentaria a medio camino entre la “inmunidad contra el arresto” de las constituciones del período 1811-1858 y el período de la “inmunidad contra el proceso” del período 1864-1922. Hubo, sí, un avance, pero no pleno, hacia la imposición de la tesis según la cual la inmunidad no supone una prerrogativa frente al ejercicio de la acción penal y el enjuiciamiento. Habrá que esperar al siguiente período para encontrar una consagración más depurada de este principio.

1.4. La admisión plena de la inmunidad parlamentaria como una prerrogativa contra el arresto, pero no contra el proceso judicial, llegaría con la Constitución de 1947, pues aclara la corriente iniciada en la Constitución de 1925, al preceptuar que “*mientras dure su mandato ningún Diputado o Senador podrá ser preso, arrestado, confinado ni en modo alguno detenido ni coartado en el ejercicio de sus funciones, a menos que incurra en flagrante delito*”.

Es decir, no prohíbe el enjuiciamiento como sí lo hacía el grupo de constituciones del período 1864-1922, y llega aun más lejos de lo que lo habían hecho las constituciones estudiadas bajo el período 1925-1945.

Ya no hay, por ejemplo, suspensión del sumario por imperio de la ley. Por el contrario, será la Cámara respectiva la que tendrá que decidir si continua o se paraliza el procedimiento. Esto muestra que el constituyente no está dispuesto a otorgar una inmunidad de pleno derecho respecto al proceso, o siquiera parcial mediante una disposición como la del artículo 38 de la Constitución de 1864 o la contenida en el artículo 70 de la Constitución de 1925, es decir, la suspensión de la investigación por disposición de la propia Constitución y sin que órgano alguno considere la posibilidad de que, dadas, las circunstancias, sea necesario allanar la inmunidad parlamentaria. En esta constitución sí se permite el allanamiento.

Otro elemento revelador del cambio de rumbo sufrido por la institución de la inmunidad en esta Constitución, se observa en lo que prevé su artículo 147. Con arreglo a esta disposición, las Cámaras “*podrán ordenar* (es decir, tendrán la posibilidad de hacerlo o no) *la paralización de los juicios instaurados contra ellos*

y la libertad de los que estuvieren detenidos, por el tiempo de las sesiones o por el que falte para el vencimiento del período constitucional respectivo". Es decir, dicha disposición permite que las Cámaras paralicen los juicios que hubiesen sido abiertos con anterioridad a la elección de los parlamentarios.

Esto significa que el constituyente reconoce que la inmunidad no consiste necesariamente, como sucedía en el grupo de constituciones que inauguró la de 1864 (y que quizá se mantuvo, al menos en la memoria colectiva, bajo el grupo de constituciones que inició la de 1925) en la suspensión de tales juicios. Y ello es así por la naturaleza de tal disposición, la cual permite a las Cámaras suspender o no. Si la suspensión de tales procesos previos a la elección caracterizase la inmunidad, la norma no habría tratado dicha suspensión como una mera posibilidad que dependía de lo que decidiera la Cámara respectiva según el caso.

En otras palabras, si para que se paralicen los juicios instaurados contra los Diputados y Senadores, tal como lo establece el artículo 147 de la Constitución de 1947 (es decir, los abiertos antes de que los parlamentarios hubiesen sido electos), se hace necesario que la Cámara respectiva lo decida expresamente, ello implica un reconocimiento implícito de que la paralización de tales juicios no es un efecto inmediato de la inmunidad, ni forma parte del contenido esencial de dicha institución.

Así lo interpretó el luchador social, político y jurista Gustavo Machado en un análisis que hiciera de la inmunidad en el marco de la Constitución de 1961, particularmente con respecto a los delitos conocidos por la jurisdicción militar; en dicho análisis menciona este artículo 147, y en lo que aquí interesa, lo interpreta tal como lo acaba de hacer la Sala en los párrafos anteriores, es decir, como una norma cuyo propósito era la posibilidad de suspender los juicios que se hubiesen iniciado respecto a presuntos delitos cometidos por los senadores o diputados electos con anterioridad a su elección como congresistas (cf. "*La inmunidad parlamentaria en la Constitución de 1961*", en Estudios sobre la Constitución, Tomo III, pág. 1946).

En conclusión, la Constitución de 1947 consagra un modelo de "inmunidad contra el arresto" que potencia la idea según la cual tal institución no supone una "inmunidad contra el

proceso”. Dicha tesis fue mantenida por las constituciones del período 1811-1858, y fue restablecida, luego del período 1864-1922, con la constitución de 1925. La norma contenida en el artículo 147, que permite la suspensión del proceso, siempre que así lo autoricen las Cámaras, no es más que la excepción que confirma la regla.

1.5. Por su parte, la Constitución de 1961 avanza aun más en la regulación contenida en la Constitución de 1947, la cual esta Sala ha denominado como la consagración cada vez más clara de una “inmunidad frente al arresto”, y en contra de la “inmunidad frente al proceso”. **Esto significa que la inmunidad se configura como un instrumento ante la intención de afectar la composición de las cámaras legislativas o impedir que las cámaras tomen una determinada decisión, y no como una prohibición de enjuiciamiento de los miembros del órgano legislativo**. Así, en esta Constitución se profundiza en el diseño de una inmunidad dirigida netamente a la prevención de actos o conductas que resulten contrarias a la independencia del legislativo, al tiempo que garantiza en mayor medida que sus predecesoras, la posibilidad de juzgar a los diputados y senadores al Congreso Nacional por los actos que cometan en el **ejercicio de sus funciones**.

En dicha Constitución conseguimos normas expresas a favor de la tesis de la “inmunidad contra el arresto”. Así, en el artículo 143 se lee que los Senadores y Diputados no podían “*ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones*”. Al mismo tiempo, el constituyente estableció, de un modo que acentúa lo que se había establecido en la Constitución de 1947, no sólo que los actos que puedan constituir delito cometidos por los Senadores y Diputados deben ser investigados, sino además, que antes de que conozcan las Cámaras lo relativo al allanamiento de la inmunidad, la Corte Suprema de Justicia determine si hay méritos o no para enjuiciar al miembro del Congreso. Con ello se alcanza una intervención aun mayor del Poder Judicial en ese asunto.

Otro elemento en pro de la garantía de la inmunidad como una defensa frente a la interrupción de las sesiones o un intento de cambiar la composición de las Cámaras, es decir, como

"inmunidad contra el arresto", se colige del hecho de que no queda en esta Constitución signo alguno de aquéllas normas constitucionales en las cuales se impedía el enjuiciamiento de los miembros del Congreso, o se ordenaba la suspensión de las investigaciones, del sumario o se impedía el allanamiento de los miembros del Congreso.

En particular, hay que destacar que la disposición contenida en el artículo 147 de la Constitución de 1947, a la que se hizo referencia anteriormente, la cual, como se apuntó, permitía que las Cámaras paralizaran los juicios iniciados contra Senadores y Diputados antes de haber sido electos, con la consecuente libertad de aquéllos que estuvieran detenidos con ocasión de dichos juicios, **no fue reeditada**. Es decir, y quiere la Sala insistir en ello, una disposición que expresa tal posibilidad no existe en la Constitución de 1961. Este es un dato que un intérprete imparcial y racional de la evolución constitucional de la inmunidad parlamentaria no puede soslayar ni pasar por alto.

Dicha norma ni está en la Constitución ni debe tenérsela como implícita en la Constitución de 1961, por la simple razón de que pertenece a un modelo de inmunidad (la "inmunidad contra el proceso"), que como ha demostrado la Sala, sólo fue consagrada con claridad en el período que va de la Constitución de 1864 a la Constitución de 1922. No hay duda de que en dicho período se hizo explícita la intención de que se suspendiera todo juicio contra los miembros del Congreso. Y cuando quiso revivirse dicho modelo, así fuese parcialmente, hubo una mención expresa de tal intención, tal como lo refirió la Sala respecto al artículo 147 de la Constitución de 1947, la cual, más como una excepción que confirma la regla que como otra cosa.

En conclusión, una atribución como la del artículo 147 citado no es de la esencia ni de la naturaleza de la inmunidad parlamentaria en el constitucionalismo venezolano.

1.6. Por último, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se perfiló un modelo de prerrogativa constitucional de orden marcadamente procesal. Esto es, se hace más modesto el supuesto que prohíbe el tipo de inmunidad que se ha venido denominando "inmunidad contra el arresto", ya que no se explicitan los casos en que operaba la prohibición

que era costumbre mencionar en las constituciones anteriores, tales como el arresto, el confinamiento, el registro personal o domiciliario, entre otros, pues, simplemente, se advierte en su artículo 200 que el Tribunal Supremo de Justicia será la "*única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención*".

De igual modo, el carácter marcadamente procesal que esta Sala evidencia en la regulación que de la inmunidad parlamentaria hizo el Constituyente de 1999, también se observa en la novedad según la cual sólo el Tribunal Supremo de Justicia conocerá de los procesos en los cuales se señale como presunto autor de un hecho punible a los Diputados a la Asamblea Nacional.

No hay referencia alguna a la suspensión de los juicios en los que se investigue o procese a un diputado a la Asamblea Nacional, lo cual debe entenderse como la consolidación de un modelo de inmunidad que persigue evitar la detención con fines políticos, es decir, con el fin de modificar la composición de la Asamblea o de evitar que se tome una determinada decisión, y no una inmunidad que tenga como propósito evitar el enjuiciamiento de los parlamentarios.

Finalmente, la intención de hacer este resumen de la evolución del tratamiento de la inmunidad parlamentaria en las constituciones venezolanas, fue advertir las tendencias que respecto a su naturaleza y efectos reflejan las normas que la consagran. Es evidente que se ha dado una oposición entre dos modelos de inmunidad; también luce claro que dichos modelos fueron aplicados con mayor o menor intensidad en ciertos períodos. Así, pues, el modelo que consiste en proteger a los parlamentarios del enjuiciamiento, que también podemos llamar modelo de la libertad absoluta, o modelo de la "inmunidad contra el arresto", fue acogido por las constituciones del período 1864-1922. El prototipo de inmunidad que ampara al parlamentario de ser sometido a un arresto por motivos políticos lo acogen las constituciones del período 1811-1858; también se refleja de manera menos decidida en las constituciones del período 1925-1945, y lo consolidan definidamente las constituciones de 1947, 1961 y 1999.

Bajo este segundo tipo de inmunidad se aleja la posibilidad de que se suspendan los procesos contra los parlamentarios que

se hubiesen abierto antes de haber sido electos, pues, la razón de que se les proteja, conforme a los principios que lo animan, *radica en la posibilidad de que el órgano legislativo no sufra cambios inesperados en su composición, o se vea imposibilitado de tomar una decisión debido a lo inadvertido de dichos cambios. Es decir, es una defensa del ejercicio de sus funciones por el propio parlamento, y no una garantía para el ejercicio personal de las funciones del parlamentario.*

Siendo, pues, que el supuesto de hecho o, lo que es lo mismo, la condición de la cual se hace depender la protección que conlleva gozar de inmunidad parlamentaria consiste en que se detenga de forma inesperada y simulada a un parlamentario con la intención real de obstaculizar o impedir el normal funcionamiento del parlamento, y visto que las detenciones o medidas que se dicten en el transcurso de un proceso abierto con anterioridad a la elección de un diputado no se caracterizan propiamente por ser inesperadas o simuladas, no se justifica que respecto de tales decisiones o medidas se active el procedimiento en que consiste la inmunidad, o que sean cubiertas por la prohibición de detención que asiste a los parlamentarios durante el ejercicio de sus funciones.

Esta Sala considera firmemente, pues se ha convencido de ello mediante el estudio previo, que nuestra vigente Constitución contiene una regulación de la inmunidad parlamentaria en el sentido apuntado en el párrafo anterior, y ello se observa no sólo por la lectura de sus preceptos, sino también por la tendencia constitucional en la que se inscribe, la cual, como ya se ha dicho, se revitaliza con la Constitución de 1947, se asienta en la Constitución de 1961, y se consolida en la vigente constitución.

Es decir, factores sistemático-lingüísticos, relativos al sentido que debe dársele a los términos usados por la Constitución y a la coherencia de los preceptos en ella contenidos, así como factores sistemático-funcionales, asociados a la función que cumplen las normas bajo estudio, no sólo en la constitución actual sino en las constituciones precedentes, respaldan la tesis contraria a la sostenida por los solicitantes de autos; es decir, tales factores contradicen lo que éstos afirman en cuanto a que del hecho de que su defendido fue electo Diputado a la Asamblea Nacional se sigue la suspensión del juicio que contra dicho ciudadano

lleva adelante el Poder Judicial. Debe tomarse en cuenta que el juicio en referencia fue abierto antes de que el mencionado ciudadano fuese electo Diputado, es decir, que el ejercicio de la persecución penal, en este caso, no atenta contra la estabilidad de la composición de un parlamento que ni siquiera ha entrado en sesiones, ni afecta por consecuencia el que tome las decisiones en que consiste el ejercicio de las potestades legislativas. Supuestos estos que, como se recordará y resulta de los análisis sistemáticos realizados anteriormente, son los que justifican en la actualidad el que se proteja mediante la inmunidad la labor o función parlamentaria.

Siendo, pues, que el artículo 200 de la Constitución sólo protege al órgano legislativo ante situaciones que afecten de forma inesperada e inadvertida el buen orden de los asuntos que dicha institución discute, y visto que tales inadvertencia o intencionalidad no se da en este caso, al aludido ciudadano no le es aplicable, al menos en este caso, el régimen de la inmunidad que, según su defensores, le es aplicable por el hecho de haber sido electo Diputado a la Asamblea Nacional. En consecuencia, el juicio en su contra debe seguir su curso legal ante el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al cual debe remitirse el expediente. Así se establece.

2.- Seguidamente, esta Sala pasa a examinar el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, para así referirse a la intención de la mayoría de sus miembros respecto al régimen de inmunidad parlamentaria; la cual esta Sala considera que atiende primordialmente, no a la libertad del parlamentario como fin, sino al buen funcionamiento del parlamento.

En la sesión de 4 de noviembre de 1999, se presentó a primera discusión la propuesta de artículo 219, relativa a la inmunidad parlamentaria, la cual reproducía en lo esencial lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución de 1961, que como se recordará acogió el modelo de la "inmunidad contra el arresto", y dejó sin efecto lo que establecía el artículo 147 de la Constitución de 1947 en cuanto a la posibilidad de que se suspendieran los juicios iniciados contra un legislador con anterioridad a su elección.

Varios constituyentes intervinieron a favor de esta propuesta, pero al final se impuso la que presentó el constituyente Ricardo Combellas, la cual estaba animada, como el mismo lo expresó, por el principio de igualdad entre los ciudadanos y por el deseo de limitar la inmunidad parlamentaría a lo que la doctrina española denomina "fuero procesal", es decir, al enjuiciamiento del parlamentario por el tribunal o tribunales de mayor nivel; el "fuero procesal" excluye la participación del cuerpo legislativo o las medidas de suspensión del enjuiciamiento. Dicho propuesta consistía en eliminar el allanamiento legislativo y que la inmunidad parlamentaria se limitara a un juicio seguido ante el Máximo Tribunal de la República, al modo en que regula esta institución el artículo 186 de la Constitución Política de Colombia. De esa forma se limitaban las prerrogativas parlamentarias sobre la base del principio de igualdad, y se aseguraba que un órgano judicial de máximo nivel velara por la seriedad del proceso a un parlamentario. El texto del artículo aprobado en primera discusión fue el siguiente:

"De los delitos que cometan los miembros de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito *infraganti* cometido por un parlamentario, la autoridad competente la pondrá (sic) bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia".

Sin embargo, de manera inadvertida fue aprobada en la sesión del 5 de noviembre de ese año la propuesta de artículo 301 (correspondiente al actual artículo 266 constitucional), en cuyo numeral 3 se autoriza al Tribunal Supremo de Justicia a declarar si hay mérito o no para el enjuiciamiento de los miembros de la Asamblea Nacional, entre otras autoridades; lo que supone que la Asamblea conservaba la potestad de pronunciarse sobre el allanamiento de sus miembros, lo cual entraba en contradicción con la intención de la propuesta del artículo 219 anteriormente transcrito, el cual eliminaba dicha potestad.

En la segunda discusión del proyecto de Constitución, quizá con el ánimo de conciliar ambas normas, fue aprobada una nueva propuesta que modificaba el artículo 219. A la aprobada en primera discusión se le agregó un primer párrafo en el que se

establece el lapso desde el cual comenzaría a gozar de inmunidad el parlamentario, y, luego se intercala la frase “previa autorización de la Asamblea Nacional”, es decir, se retoma la figura de la inmunidad con participación de la Asamblea Nacional.

En todo caso, lo que quiere destacar la Sala es que el núcleo de la redacción aprobada en primera discusión se mantuvo; es decir, la redacción que limitaba los efectos de la inmunidad parlamentaria a que se siguiese un procedimiento especial ante el Máximo Tribunal de la República, sobre la base del principio constitucional de igualdad de trato para todos los ciudadanos.

Otra señal del cambio de tratamiento que recibió esta prerrogativa, y que revela la intención del constituyentista de hacerla compatible con otros disposiciones de la propia Constitución, fue que el primer párrafo del texto aprobado en segunda discusión difiere del propuesto originalmente para que se discutiera en la primera revisión. El primero comenzaba diciendo lo siguiente:

“Los miembros de la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo y, en consecuencia, no podrán ser arrestados, detenidos, confinados ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario ni coartados en el ejercicio de sus funciones” (subrayado de la Sala).

El aprobado en segunda discusión quedó redactado de la siguiente forma:

“Los miembros de la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo.”

Repárese en la ubicación de la expresión “ejercicio de sus funciones” en ambos textos. En la primera versión, la cual es similar a la norma contenida en el artículo 143 de la Constitución de 1961, tal como se advirtió anteriormente, la expresión no caracteriza la inmunidad, sino que se refiere a uno de los supuestos respecto de los cuales la inmunidad podía operar. En cambio, el que la inmunidad sólo procede durante el ejercicio de las funciones del parlamentario, es decir, que la inmunidad parlamentaria se aplica sólo en los casos en que se impida el buen funcionamiento del parlamento, luce evidente en la redacción

de la propuesta aprobada en segunda discusión, la cual pasó a formar parte del artículo 200 de la Carta Magna vigente. Esto demuestra que la concepción de la inmunidad que la considera una garantía del buen funcionamiento de la Asamblea Legislativa, en vez de ser una garantía de la libertad del parlamentario, pesó firmemente en la concepción de los proponentes de las versiones que en definitiva fueron aprobadas.

La concepción de la que se viene hablando implica que la libertad del parlamentario sería un medio para alcanzar un fin. El fin es evitar que se vea afectada la composición del órgano o la formación de la voluntad legislativa por actos arbitrarios e inesperados.

En conclusión, considera la Sala que los cambios sufridos por el texto original propuesto ante la Asamblea Nacional Constituyente, en el sentido de centrar la naturaleza de la inmunidad en la protección del ejercicio de las funciones encomendadas a los parlamentarios (evidente en la frase "*los diputados o diputadas... gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones*"), así como la atribución al Tribunal Supremo de Justicia, con carácter privativo, de la potestad de enjuiciar a los parlamentarios, demuestran que la intención del constituyente fue restringir la inmunidad parlamentaria a aquéllos casos en los cuales su labor se viese amenazada por decisiones premeditadas y orientadas a perjudicar la composición del órgano y la toma de decisiones.

Esta conclusión coincide con la que se desprendió del análisis sistemático-lingüístico y sistemático-funcional realizado tomando en cuenta el tratamiento que a la inmunidad le han dispensado nuestras constituciones. En fin, puede afirmarse que nuestros recientes constituyentistas estaban conscientes de la necesidad de implantar una "inmunidad contra el arresto", y de rechazar una "inmunidad contra el proceso", pero con un ingrediente adicional: el respeto a la igualdad ante la ley y a otros derechos estimables, como el de la tutela judicial. De todo esto habría surgido un modelo de "inmunidad contra el arresto premeditado" al mismo tiempo respetuoso de las funciones del parlamento y de las demás garantías consagradas en la constitución, particularmente de la igualdad y de la tutela judicial.

3. Pero, también hay que advertir, contra lo que podría pen-

sarse es una posible tendencia nacional, y en tal medida, a contracorriente con el modo en que se ha concebido la institución en otros países, que la inmunidad parlamentaria, en los términos planteados por los solicitantes (inmunidad contra el proceso) o en relación con el tratamiento que ha recibido hasta el momento (inmunidad contra el arresto), ha sido abandonada en constituciones recientes, como lo muestra la Constitución Política de Colombia (la cual la limita al llamado “fuero procesal”); criticada acerbamente por la doctrina de los países cuyo tratamiento deriva del modelo francés (del cual el nuestro también es tributario); jamás adoptada en los países que siguen el modelo inglés (también llamado “sistema de Westminster”); y desaconsejada con firmeza por instituciones internacionales como la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, en su Asamblea Parlamentaria, o por organizaciones de legisladores como la Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción.

3.1. La Constitución Política de Colombia de 1886, establecía en su artículo 107, lo siguiente:

“Cuarenta días antes de principiar las sesiones y durante ellas, ningún miembro del Congreso podrá ser llamado a juicio civil o criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la Cámara respectiva”.

La Constitución actual, la cual derogó la Constitución de 1886, establece, por el contrario, lo siguiente:

“De los delitos que cometan los congresistas conocerán como investigador y acusador la Fiscalía General de la Nación previa petición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de conformidad con la ley, a través del señor Fiscal General o su delegado ante la Corte, y como juzgador en primera instancia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y en segunda instancia la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.”

Repárese en que ha desaparecido de la redacción de dicho artículo toda marca, todo rasgo del modelo de “inmunidad contra el proceso”, cual es, como se ha dicho varias veces, un tipo de inmunidad parlamentaria absoluto, que incluye, por supuesto, al tipo de inmunidad que prohíbe también la detención del miembro del cuerpo legislativo. ¿Qué ha sobrevivido al modelo

de "inmunidad contra el proceso" en la Constitución colombiana? Prácticamente nada. En vez de ello, se acoge el denominado doctrinalmente "fuero procesal", esto es, el trámite a doble instancia ante la Corte Suprema de Justicia, en donde se cumple una primera instancia en la Sala Penal y, una segunda, ante la Sala Plena, y eso es todo. Y ello es así por lo que ha estado justificando esta Sala, porque no se trata de un "derecho del parlamentario", es un procedimiento especial puesto al servicio del normal funcionamiento de la asamblea, a fin de impedir que acciones conscientes e intencionadas la desarticulen o impidan la formación de la voluntad colectiva de sus miembros.

Cuando se critica posturas como la asumida por el constituyente colombiano, se olvida que el rasgo fundamental de la inmunidad parlamentaria consiste en ser un instrumento procesal para evitar que un acto premeditado, con una clara intención política, obstaculice al Parlamento en la emisión de los actos y en la discusión que debe precederles. Es decir, la inmunidad sólo opera, en los países que aun la prevén, y según doctrina, "cuando en la detención o en la solicitud de procesamiento se vislumbra una *fumus persecutionis* por parte del poder político", tal como lo resaltan los catedráticos españoles de Derecho Constitucional Jorge de Esteban y Pedro J. González-Trevijano (cf.: Tratado de Derecho Constitucional, Volumen III, Madrid, 2000, pág. 445).

3.2. En lo que corresponde a la doctrina que se ha pronunciado acerca de la supervivencia de los modelos de inmunidad parlamentaria en la legislación constitucional, la misma es prácticamente unánime en su reproche acerca de tal legislación.

Los mismos autores mencionados poco antes se explayan en consideraciones acerca de la necesidad de replantear el fundamento y la justificación de dicha institución, "si es que en la actualidad tienen todavía alguno", como inmediatamente se apuran a advertir. Para los mencionados catedráticos, "(l)a inmunidad parlamentaria parece haber perdido la legitimidad de que disfrutó en el momento histórico de su aparición en la Francia revolucionaria", y ello en razón de que sus elementos son, para estos autores, "difícilmente conciliable(s) con los postulados de un moderno Estado democrático de derecho". Es decir, que un moderno Estado democrático de derecho, con sus ga-

rantías de igualdad, justicia, tutela judicial efectiva, derecho al debido proceso, derecho al honor, distribución de poderes, hace innecesaria una institución como esta, o, si la admite, lo hace bajo cuidadosas reservas.

Porqué luce innecesaria dicha institución, o porqué habría de interpretarse restrictivamente, pues en razón de que, siguiendo a los mismos autores, "*han desaparecido las circunstancias históricas que justificaron su aparición y consolidación a finales del siglo XVIII. Hoy en día, en un Estado de derecho, como es el que reconoce el artículo 1.1 de nuestra Constitución, ni el Jefe del Estado, ni el Gobierno realizan detenciones políticas* (…) *Por ello, la inmunidad se presenta como un arcaico privilegio propio de otra época, característico, de otra parte, de la más rancia defensa corporativa de unos intereses*".

Pero no sólo razones históricas son esgrimidas por quienes así se expresan, pues también apuntan que "*los Parlamentos se han caracterizado por una mala utilización, incluso por el más burdo abuso de la inmunidad…*", lo cual habría dado lugar "*a la distinción de dos clases de ciudadanos: los ciudadanos de primera clase, los parlamentarios, quienes escapan a la aplicación de la normativa general penal y procesal, y los demás ciudadanos de segunda clase, frente a los que se pretende la aplicación estricta de los principios penales sustantivos y procesales*", lo cual ha dado pie para calificar a los parlamentarios como "«*una categoría de ciudadanos en libre circulación por el Código Penal*», *rompiendo el principio de igualdad constitucional recogido en el artículo 14 de la Constitución y desconociendo la* vis atractiva *del Derecho común*".

Por último, estiman, que si no fue posible la desaparición de la inmunidad parlamentaria, "*sí al menos es necesaria una interpretación muy restrictiva de ésta*", pues, "(*e*)*n un Estado de Derecho la mejor garantía de las reglas del juego democrático son los órganos judiciales, independientes, responsables…*".

Por último, citan al autor Pérez Serrano, quien afirma que "«*resulta doloroso contemplar cómo un privilegio nacido para proteger la función, durante el período parlamentario y para evitar posibles injusticias de turbio origen político, se ha convertido en privilegio personal que permite al Parlamento burlar impunemente*

y con agravio de la justicia el Código Penal que a todos los ciudadanos obliga.»”

Y estos autores no son los únicos que se pronuncian con tal contundencia acerca de las desviaciones que ha sufrido dicha institución. Sin embargo, la Sala quiso citarlos extensamente para realmente justificar su postura al respecto, la cual, como quedó expuesta, predica una aplicación racional, moderna, mesurada y restrictiva de la institución. Contraria a la postura sostenida por los defensores de una inmunidad dieciochesca, surgida en un momento histórico en el cual los parlamentarios eran objeto de detenciones arbitrarias por parte del poder regio, cuando no había medios judiciales para evitarlas o corregirlas, cuando no había procedimiento alguno eficaz, ni constituciones normativas, ni conciencia democrática.

Pero ni siquiera en ese momento se quiso llegar hasta donde se pretende llegar actualmente con la presente solicitud, pues en el propio Decreto de la Asamblea Nacional francesa de 26 de junio de 1790, al tiempo que se inaugura la llamada inmunidad parlamentaria moderna, para distinguirla de la medieval inglesa o castellana, se advierte la necesidad de que haya juzgamiento. Conviene transcribir, en beneficio de la memoria histórica, dicha norma:

“La Asamblea Nacional, reservándose el estatuir detalladamente sobre los medios constitucionales de asegurar la independencia y la libertad de los miembros del Cuerpo legislativo, declara que, hasta el establecimiento de la Ley sobre los Jurados en Materia Criminal, los diputados de la Asamblea Nacional pueden, en el caso de flagrante delito, ser detenidos conforme a las ordenanzas. Que se puede, incluso, exceptuados los casos indicados por el Decreto de 23 de junio, recibir declaraciones, hacer informaciones contra ellos, pero no pueden ser procesados por ningún juez antes que el Cuerpo legislativo, a la vista de las piezas de convicción, haya decidido que hay lugar a la acusación.”

Obsérvese que dicha disposición no exime a los parlamentarios de ser enjuiciados, sólo lo condiciona al “*establecimiento de la Ley sobre los Jurados en Materia Criminal*”, en un caso, o a la autorización del “*Cuerpo legislativo*”, en otra. El sentido es claro, no existe un derecho absoluto de los parlamentarios a despla-

zarse libremente; la inmunidad es procesal, supone, más bien, una autorización previa o el trámite ante un tribunal debidamente constituido. Con otras palabras, "*no son derechos de los parlamentarios que éstos puedan exigir y de los que puedan disponer libremente, sino normas jurídicas que deben ser aplicadas de oficio*" (cf.: López Guerra, Luis y otros, Derecho Constitucional, Volumen II, 4ª edición, tirant lo Blanch, Valencia, pág. 71).

La inmunidad es, como afirma Pizzorusso, una "*causa temporal de improcedibilidad de la acción penal, acción que queda diferida en su efectividad hasta el momento en que se conceda la autorización parlamentaria o, en su defecto, hasta el término de la legislatura, a no ser que se produzca la reelección*", no "*una eximente*" de responsabilidad (cf.: Lecciones de Derecho Constitucional, Tomo I, CEC, Madrid, 1984, pág. 279).

Luego de citar la disposición de la Asamblea Nacional francesa transcrita anteriormente, y de realizar otras referencias históricas, el catedrático de derecho constitucional Alfonso Fernandez-Miranda y Campoamor, comenta que "(con la inmunidad) *no se trata de proteger a la persona del representante de las eventuales venganzas o represalias por sus particulares acciones, sino de proteger la composición de las Cámaras surgida de la voluntad popular, impidiendo que sea arbitrariamente alterada.*" (subrayado de esta Sala) (cf.: "*Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles*", Revista Española de Derecho Constitucional núm. 12, Año 1984, pág. 15).

Es eso lo que trata de evitarse con la inmunidad, la *arbitraria alteración* de la Cámara. Es por eso que no se comprende que la inmunidad se aplique o se quiera aplicar a los efectos de un proceso abierto con respecto a hechos presuntamente acaecidos con anterioridad a la proclamación del interesado. Por ello Javier Pérez Royo puntualiza, por los dudas que esta institución genera en algunos, que la inmunidad parlamentaria prevista en el artículo 71.2 de la Constitución española, según la cual "*sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito*", y "*No podrán ser inculpados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva*", que la misma

"...se concreta en la *concesión del suplicatorio*, esto es, en la ga-

rantía de que es la Cámara a la que el parlamentario pertenece la que tiene que conceder la autorización para que el parlamentario pueda ser procesado." (cf.: Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, 2000, pág. 779).

Es decir, sólo en eso consiste, en una autorización para el enjuiciamiento, no es un derecho de libertad que privilegia a ciertos funcionarios según el órgano al cual pertenezcan.

Dicho autor no termina su reseña sin observar que "*el sentido de esta institución y su justificación en el Estado democrático de nuestros días es discutible y discutida, en la medida en que no se entiende muy bien que nadie, ni siquiera un parlamentario, tenga que ser protegido frente al poder judicial…"*. Es decir, ante las garantías procesales que las constituciones modernas consagran, cómo se justifica, se pregunta este autor, que pervivan instituciones que evitan la aplicación de tales garantías (cf.: obra citada, pág. 779).

Ya para concluir estas reseñas doctrinales, quisiera la Sala citar, para corregir las opiniones según las cuales, en primer lugar, la inmunidad parlamentaria no suscita mayores dudas; en segundo lugar, habría un acuerdo unánime acerca de sus efectos, o, por último, la formulación de una interpretación distinta a la que comúnmente se tiene de ella en nuestro medio escondería lo más un intento de tergiversación o desnaturalización de su esencia, las siguientes opiniones.

Pizzorusso, al referirse a la Constitución italiana afirma que "*ciertos aspectos del régimen de estas garantías las hacen aparecer como obsoletas e inadecuadas para la consecución de sus fines, lo que ha provocado discusiones acerca del ámbito de aplicación de la inviolabilidad por votos y opiniones (…) y a propósito, también, de la constitucionalidad de la regulación actual de la autorización para proceder…*" (cf.: obra citada, pag. 279).

Alzaga, con referencia a la posibilidad de aplicar la inmunidad a los casos suscitados con anterioridad a la elección del legislador, dice que "*en torno a esta cuestión se suscitan problemas de más fondo, como el de si la investidura parlamentaria cubre con el manto de la inmunidad a quien presuntamente ha cometido un delito con anterioridad a la elección, que es materia*

no precisamente baladí, porque en la misma entran en colisión el principio de independencia del Parlamento frente a los restantes poderes, con el viejo principio penal, que forma parte del acervo de todo Estado de Derecho de nullum crimen sine poena" (cf.: La Constitución española de 1978 (comentario sistemático), Ediciones del Foro, Madrid, 1978, págs. 495-496).

Y Ana Aba Catoira, refiriéndose a la circunstancia de que un parlamentario pretenda que se aplique el privilegio procesal a hechos acaecidos antes de su elección, comenta lo que "*...resulta difícil aportar una justificación convincente a la aplicación de estas inmunidades, sobre todo en lo que respecta a la inmunidad en sentido estricto, por su fuerte incidencia restrictiva en derechos de terceros no parlamentarios que se encuentran en franca desigualdad frente a los cargos públicos y, por tanto, absolutamente desprotegidos*". Pág. 119.

Pues, si la inmunidad trata de "*evitar que móviles extraños al derecho, propios de la venganza o intriga política, pudieran alterar la normal composición de las Asambleas, es evidente que dicho peligro resulta inexistente cuando el inicio de las acciones judiciales tiene lugar con anterioridad al "mandato"* (citando a Fernández-Viagas).

Por último, propone que "*una solución constitucional, proporcional y ajustada a las exigencias del caso, consistirá en mantener la situación procesal en que se encuentra un diputado antes de su proclamación. De esta forma se evitaría que las prerrogativas se desnaturalizasen, pues, según el Tribunal Constitucional, las prerrogativas no pueden ser un mecanismo para asegurar la impunidad personal del parlamentario individual, sino una institución de proyección eminentemente funcional, destinada a garantizar que el representante electo no sea objeto de persecuciones legales por razones que puedan responder a una motivación política.*" (cf.: La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto (los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos), Tecnos, Madrid, 2001, págs. 146-148).

3.3. Con el objeto de adecentar la labor de los parlamentos, la Asamblea Parlamentaria de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, en una de las Resoluciones dictadas en el marco de su Décima Quinta Sesión Anual, urgió a sus

estados miembros para que legislaran en el sentido de que la inmunidad parlamentaria no fuese aplicada respecto a aquellas acciones que podrían calificarse como delictivas cometidas antes de que el legislador asumiera sus funciones.

La Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción, en su Segunda Conferencia Mundial, llevada a cabo en 2006, instó a los parlamentarios miembros de dicha institución a proponer reformas en las legislaciones de sus países en el sentido de que:

"…el privilegio de la inmunidad parlamentaria no debe aplicarse a las medidas tomadas por un particular antes de haber asumido el cargo o las medidas tomadas después de haberse retirado del cargo público."

Es esta una señal muy clara de la justeza del planteamiento de fondo que hace la Sala en esta decisión.

4.- Así, pues, la doctrina más calificada en esta materia ha considerado definitivamente que la inmunidad parlamentaria no constituye un privilegio, y se pronuncian más bien por considerarla una prerrogativa o un beneficio.

Sin embargo, también han advertido que la aplicación de dichas normas sin atender a los derechos y principios presentes en la Constitución, como lo serían el derecho al honor, el derecho de igualdad y la tutela judicial efectiva, citados anteriormente, puede conducir al absurdo de interpretar la antedicha prerrogativa de un modo que tal que se pase de la inmunidad a la impunidad. Es decir, si no se estudian con detenimiento sus efectos, podría entenderse la inmunidad parlamentaria como una ausencia de sanción a los delitos cometidos por los parlamentarios, todo ello en detrimento de la protección del interés general, el cual quedaría desguarnecido. La impunidad, como se sabe, degrada indudablemente la participación política y la propia democracia, porque como dice Adolfo Esquivel: "*La democracia no se puede construir sobre la impunidad*".

La llamada "cultura de la legalidad" no podría estar por encima de la confianza en las instituciones que los ciudadanos tienen derecho a disfrutar. Una situación claramente contraria a

la formación de una confianza tal, sería aquella según la cual un parlamentario recién electo esté siendo investigado por delitos que causen temor funesto en la población y que presuntamente fueron cometidos antes de adquirir su investidura de diputado, y que como resultado de tal elección disfrute de los beneficios procesales asociados a la inmunidad parlamentaria prevista en el artículo 200 de nuestra Constitución. Es decir, que disfrute de la prohibición de que se le detenga, o que sólo continúe su enjuiciamiento si la Asamblea Nacional allana su inmunidad. Un caso tal constituiría un despropósito incompatible con los valores de justicia y legalidad ínsitos en el Estado democrático de Derecho y de Justicia que preconiza nuestra Constitución. En síntesis, se impondría de tal modo "la moralidad de la criminalidad", o, como dice Mattarollo, "el desprecio a la ley". A mayor abundamiento, un disparo mortal en contra de la ética pública y privada.

Partiendo, pues, de la convicción de que no deben interpretarse las disposiciones jurídicas en un sentido que las convierta en "leyes borradores" de las investigaciones respecto a presuntos delitos; o que las convierta en un elemento propiciador de una criminalidad de élites o minorías seleccionadas en detrimento de la igualdad y de la tutela judicial efectiva, que puedan constituir en otros países y legislaciones refugio para la impunidad, como se dijo anteriormente, es preciso ratificar que la inmunidad parlamentaria no debe extenderse a los efectos ni a los actos que se dicten en el marco de una investigación o juicio relacionado con hechos presuntamente constitutivos de delitos, cometidos fuera del tiempo de la investidura parlamentaria y del ejercicio de funciones legislativas por parte de diputados electos a la Asamblea Nacional.

Es incontrovertible que cuando se sustrae a una persona de la persecución penal, se violenta el derecho fundamental de la justicia; y algunas veces esto se ha logrado mediante el uso de la inmunidad parlamentaria. Cuando el parlamentario pretende sustraerse a la persecución penal por pesar sobre él una investigación respecto de hechos que podrían constituir delitos y que fueron cometidos, no en ejercicio de sus funciones legislativas, sino cuando aún no se ostentaba la condición de parlamentario o cuando se estaba en camino de obtener tal condición.

Como afirma la doctrina, "*no es comprensible bajo ninguna óptica que el ostentar una Función Pública pueda dar lugar a la violación de un derecho fundamental como lo es la justicia*". Al mismo tiempo afirman que la prerrogativa en que consiste la inmunidad no puede ser aplicada en un sentido tal que degenere la finalidad que persigue, al punto que resulte desnaturalizada, convirtiéndola en un mero instrumento de prácticas corruptas, además de socialmente condenables.

La inmunidad parlamentaria protege directamente la función legislativa, e indirectamente a la persona del diputado, que se beneficia de ella; pero sólo en la medida en que tal beneficio consiste en una prerrogativa procesal, que nada tiene que ver con la autoría o la responsabilidad de los delitos, visto que tal calificación corresponde a los órganos jurisdiccionales. Por eso el autor Burgoa Orihuela sostiene que el "*funcionario con fuero de no precesabilidad sólo goza de él cuando desempeña el cargo respectivo...*", y luego agrega: "*Es evidente que de dicho fuero gozan los aludidos funcionarios cuando cometan los expresados delitos durante el tiempo de su encargo, pero no en el caso de que no lo estén desempeñando... y si es antes de ser electo debe ser desaforado*". Esto es así porque el fuero no es un privilegio sino una prerrogativa de orden público.

Es decir, hay prerrogativa en tanto se ejerza la función. Por consecuencia, cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal, y debe el diputado electo seguir sometido al proceso ya iniciado. Incluso, algunos autores sostienen que si el hecho que presuntamente tiene carácter de delito se comete en los pasillos de la Asamblea o el Congreso (en el caso de la inviolabilidad parlamentaria), el parlamentario puede ser desaforado porque en el supuesto de receso no se está cumpliendo con el encargo legislativo.

Por eso, en los supuestos en los cuales los presuntos hechos punibles no hubiesen sido cometidos durante el ejercicio de funciones legislativas, no deben aplicarse las normas relativas a la inmunidad parlamentaria. Así se establece.

5.- Por tales razones, además de las planteadas en los primeros puntos de esta parte de la decisión, el juicio que en contra del ciudadano Richar José Blanco Cabrera está en curso, debe

seguir su trámite respectivo ante el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, pues la intención del constituyente que redactó el actual artículo 200 de la Constitución fue la de establecer con mayor precisión un modelo de inmunidad parlamentaria respetuoso del principio de igualdad y de los demás derechos y garantías constitucionales, particularmente del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicho modelo exige, pues, que las denuncias contra los parlamentarios sean tramitadas por el Tribunal Supremo de Justicia, pero sólo aquéllas que pudiesen perjudicar el buen funcionamiento de la Asamblea Nacional. Y, tal como se ha dicho ya, sólo aquéllas decisiones dictadas durante el ejercicio de las funciones parlamentarias podrían tener la capacidad para lograr tal beneficio.

Visto, pues, que el proceso en el cual fue dictada la decisión que pretenden los solicitantes se revoque se inició con anterioridad a la elección y proclamación como Diputado del ciudadano Richar José Blanco Cabrera, sobre dicho proceso no recaen los efectos de la inmunidad parlamentaria prevista en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se establece.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Plena
Nº 60, Fecha: 09/11/2010

Asumida la competencia, pasa esta Sala a determinar si en el presente caso resulta procedente la tramitación del antejuicio de mérito para el procesamiento del ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, quien fue proclamado Diputado electo a la Asamblea Nacional, el día 27 de septiembre de 2010, para lo cual observa que dada la alta investidura del mencionado ciudadano, en principio le correspondería gozar del antejuicio de mérito.

Ahora bien, el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez fue imputado por la Fiscalía Cuadragésima Segunda del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, en

fecha 30 de noviembre de 2009, por lo que resulta obvio que el presente proceso penal se inició antes de que el procesado fuese electo diputado a la Asamblea Nacional, lo que ocurrió en el proceso comicial celebrado el 26 de septiembre de 2010, hecho éste que obliga a examinar detenidamente el caso para determinar la procedencia o no del privilegio de la inmunidad, establecido en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Precisado lo anterior, en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y, dada la trascendencia nacional que tiene el caso de autos por tratarse del procesamiento penal de un Diputado electo a la Asamblea Nacional, pasa esta Sala a pronunciarse en torno a la solicitud formulada en fecha 5 de octubre de 2010, por el abogado defensor del ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, en el sentido de que se suspendan los efectos de las medidas cautelares decretadas en la presente causa, debido a que "…en fecha 26 de Septiembre de 2010 (…) resultó electo DIPUTADO NOMINAL PRINCIPAL A LA ASAMBLEA NACIONAL, en Elecciones Parlamentarias celebradas en dicha fecha (…). A partir de su proclamación pública como DIPUTADO, realizada en fecha 27 de Septiembre de 2010, el prenombrado PARLAMENTARIO goza de inmunidad en el ejercicio de sus funciones hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo…" (mayúsculas y negrillas del original).

Al respecto, se aprecia que conforme a lo previsto en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la inmunidad parlamentaria es uno de los privilegios de los que gozan los Diputados de la Asamblea Nacional, con el objeto de garantizar el normal funcionamiento de ese órgano, que está íntimamente vinculado al desempeño mismo del Estado.

Señala Recoder de Casso que se trata de "…una especial tutela en materia penal que ampara al parlamentario por actos ajenos a su función, ejecutados por lo general fuera del recinto parlamentario y que cualquier ciudadano podría cometer. Se inspira en un principio de origen francés y es fruto del conflicto ideológico, político y jurídico que en 1789 existía entre los representantes revolucionarios y los poderes constituidos del Antiguo Régimen todavía en acción. El principio así concebido resulta, en cambio, extraño al derecho inglés (y los

ordenamientos de cuño anglosajón) pues en él, como recuerdan Wade y Phillips (7), el privilegio del freedom from arrest tuvo aplicación sólo en materia civil; protegía al parlamentario de toda detención durante los períodos de sesiones y durante los cuarenta días precedentes y siguientes. Sin embargo, desde que se abolió el encarcelamiento por deudas la protección perdió interés y hoy el parlamentario británico no tiene un trato judicial distinto del que tiene cualquier ciudadano." (Recoder de Casso, Emilio, 2001. Articulo 71. Comentarios a la Constitución, coordinado por Fernando Garrido Falla. Madrid, Civitas, 3era ed., p. 1.190); de manera que se trata de un privilegio individual de los parlamentarios que tiene como fin, no la protección personal del funcionario sino el normal funcionamiento del máximo órgano parlamentario del Estado.

La inmunidad existe para garantizar el Estado de Derecho, toda vez que con ella se pretende asegurar la solidez institucional de la máxima instancia de uno de los Poderes Públicos, como lo es el Poder Legislativo conformado por la Asamblea Nacional y ésta, a su vez, está integrada por los Diputados, quienes tienen en sus manos la importantísima labor legislativa, sin la cual el Estado no puede funcionar.

En ese sentido, Tovar Tamayo expresa que las prerrogativas parlamentarias, entre las que figura la inmunidad, son concedidas a los parlamentarios "…no ya en su interés personal (puesto que tendríamos entonces privilegios como los reconocidos a los componentes de algunas clases en el Ancien Regime), sino en relación con las funciones públicas que deben desarrollar, y tal carácter específico se comprueba también por el hecho de que no son renunciables y atribuyen a sus beneficiarios no derechos públicos subjetivos, sino simples intereses legítimos." (Tovar Tamayo, Orlando, 1973. Derecho Parlamentario. Caracas, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, p. 57)

Partiendo de que la ratio de la inmunidad parlamentaria es la protección de la función legislativa, debe determinarse a partir de qué momento empiezan sus miembros a gozar del beneficio. En ese sentido se aprecia, que el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

Artículo 200. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

De la interpretación literal del citado dispositivo constitucional, se desprende claramente que los diputados gozan de inmunidad 1) en el ejercicio de sus funciones, y 2) desde su proclamación, de manera que resulta claro que se requieren dos condiciones concurrentes para que opere el privilegio, por una parte haber sido proclamado y por otra estar en ejercicio de sus funciones, lo que encuentra una perfecta correspondencia con la razón de su previsión por parte del Constituyente, toda vez que si el fin de ese beneficio es garantizar el desenvolvimiento de la labor parlamentaria, se justifica que los asambleístas estén protegidos de cualquier acción externa a ese cuerpo que les impida legislar sólo mientras estén desempeñando su labor. En ese sentido, expresa Recoder de Casso, que "…Lo normal es que opere únicamente durante los períodos de sesiones y que en los intervalos entre dos períodos queden los parlamentarios sujetos al derecho común, sin perjuicio de que al iniciarse el período siguiente la Asamblea puede pedir la suspensión de las actuaciones iniciadas…" (Idem, p. 1.189).

Cabe destacar que durante la vigencia de la derogada Constitución de 1961, la inmunidad parlamentaria operaba a favor de Senadores y Diputados, conforme a lo previsto en su artículo 143, "…desde la fecha de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo, y, en consecuencia, no podrán ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones.", criterio que también había sido acogido anteriormente por la Constitución de 1947, pero que dada la redacción del artículo 200 de la vigente Norma Normarum, fue abandonado por nuestro más reciente Constituyente.

La teoría del tiempo histórico explica las circunstancias políticas que influyeron en la evolución que ha tenido el privilegio de la inmunidad parlamentaria en Venezuela. La Asamblea Constituyente del año 1947 produce una Constitución de aliento democrático y popular luego de veintisiete años de oscurantismo, cárceles y persecuciones sufridos por el pueblo venezolano por obra de la dictadura de Juan Vicente Gómez, seguido del gobierno de Eleazar López Contreras que, si bien ordenó la libertad de los presos políticos del recién fallecido tirano, también tomó medidas impopulares y antidemocráticas como, entre otras, la aplicación del inciso sexto del artículo 32 de la Constitución de 1936 a intelectuales y dirigentes estudiantiles que fueron obligados a marchar al exilio por "profesar la ideología comunista", conducta prohibida por la aludida disposición Constitucional. También es enriquecedor para la apreciación del ambiente de la época el episodio que significó el golpe de estado del 18 de octubre de 1945 contra Isaías Medina Angarita, electo presidente por el Congreso Nacional para el período 1942-1947, acción que detuvo un proceso democrático en marcha y refrescado por aires libertarios como jamás habían existido en Venezuela y que, lamentablemente, generó un nuevo ciclo de persecuciones, cárceles y exilio. Todo ello condujo al Constituyente a justificar la aplicación amplia del concepto de inmunidad, sustrayendo al parlamentario de cualquier medida restrictiva de la libertad personal, el sometimiento a juicio penal o demandas derivadas de sus intervenciones dentro o fuera del Congreso. También la Constitución de 1961 repite el privilegio parlamentario en el mismo sentido porque de nuevo el Constituyente aprecia que la naciente democracia, luego de los tenebrosos días de la dictadura de Marcos Pérez Jiménez, cuyo despótico régimen acababa de fenecer el 23 de enero de 1958, requería de la misma para fortalecer la máxima institución legislativa del Estado. Los hechos posteriores de nuestra incipiente democracia demostraron que tuvo razón el Constituyente al repetir en el artículo 143 de la Constitución de 1961 la inmunidad parlamentaria tal y como fue concebida por la Asamblea Constituyente de 1947, porque llegaron años de prisiones, persecuciones, torturas, asesinatos y desapariciones a manos de agentes de los gobiernos de turno durante las décadas del sesenta, setenta, ochenta y noventa. Incluso, miembros del Congreso Nacional protegidos con el fuero parlamentario fueron reducidos a prisión y sometidos a juicios militares, sin antejuicio de mérito ni allanamiento de su inmu-

nidad. Los nombres de Gustavo Machado, Pompeyo Márquez, Teodoro Petkoff, Guillermo García Ponce, Domingo Alberto Rangel, Jesús Villavicencio, Jesús María Casal, Simón Sáez Mérida, Eloy Torres, Eduardo Machado, Jesús Farías y Miguel Ángel Capriles, están impresos en crónicas de prensa y capítulos de historia como los congresistas que sufrieron este atropello a sus derechos y privilegios constitucionales.

Por argumento en contrario, en nuestros días, la sociedad asentada en nuestro país se fundamenta en una Constitución de innegable contenido democrático, social, participativo y de derecho. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es eminentemente garantista de los derechos ciudadanos, y esa vocación condujo al Constituyente, en la búsqueda de la igualdad social propia de la naturaleza humana, a restringir la institución de la inmunidad parlamentaria cuando silencia el privilegio de no ser sometido a proceso penal que se establece en las Constituciones aludidas supra, dejando en pie la protección de la libertad personal, la que incluso no es expresa y debe deducirse de la lectura del artículo 200, cuando señala:

Artículo 200: ...De los presuntos delitos que cometan los y las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento.

Obsérvese que en esta redacción no se aprecia la tajante prohibición que hacía la Constitución de 1961 en su artículo 143, refiriéndose a los miembros del entonces Congreso Nacional al decir que: "...desde la fecha de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo, y, en consecuencia, no podrán ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones" (subrayado nuestro).

Esta posición restrictiva de los privilegios parlamentarios que protegen la presunta conducta antijurídica de los diputados no es una innovación de nuestra Constitución, sino que obedece a una corriente orientada a limitar y hasta a extinguir el privilegio, como lo indica Murillo de la Cueva cuando expresa que "...

basta con recordar cuanto señala Kelsen en Esencia y valor de la democracia o, entre los juristas españoles, Niceto Alcalá-Zamora Castillo en sus Ensayos de Derecho Procesal y de la opinión cada vez más extendida de la pérdida de justificación de esta institución en un ordenamiento democrático racionalizado.” (Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, 1990. Sobre las Inmunidades Parlamentarias. Revista de Estudios Políticos. Madrid, p. 190).

No se encuentran privilegios de inmunidad que amparen la conducta de los representantes del Parlamento de Gran Bretaña, a pesar de que los antecedentes más antiguos de la inmunidad que se conocen en leyes escritas, se encuentran en la inglesa Carta Magna de 1215, suscrita entre los señores feudales y el rey Juan Sin Tierra. Tampoco en la Constitución de la República de Colombia de 1991, encontramos establecida la inmunidad parlamentaria para proteger la actividad de sus congresantes. En nuestro hermano país los diputados y senadores son detenidos y sometidos a juicio sin que medie una decisión de la Cámara (artículo 186). En los Estados Unidos de América se aprecia la inmunidad como institución parlamentaria bastante restringida. Lo que señala al respecto su Constitución que data de 1787, en su artículo uno, sección sexta es que: “…En todos los casos, exceptuando los de traición, delito grave y perturbación del orden público, gozarán del privilegio de no ser arrestados durante el tiempo que asistan a las sesiones de sus respectivas cámaras, así como ir a ellas o regresar de las mismas…” (Subrayados nuestros)

Llama la atención que la protección se limita a aquellos delitos que no son considerados graves como la traición (al Estado), el asesinato, el peculado, la corrupción y los de orden público y que además, sólo se aplica cuando los diputados y senadores se encuentran en el Congreso o en sus casas estando incursos en conductas antijurídicas distintas a las señaladas arriba.

Esto último nos lleva a considerar que lo trascendente para la institución de la inmunidad aplicada a los miembros de los órganos legislativos es la función parlamentaria y no la persona de los congresistas. Naturalmente, en aplicación de la tesis como la Teoría del Órgano, “alguien tiene que poder por el órgano” y en el caso de la Teoría del Mandato, “alguien tiene que ser el mandatario del pueblo”, en ambos casos se trata de una persona: el

diputado o diputada que serían los recipiendiarios del privilegio, pero siempre el bien jurídico protegido será la función parlamentaria, criterio ampliamente acogido por la doctrina, verbi gratia por Tovar Tamayo, quien sostiene que "...la inmunidad se da, como bien afirma Ranelletti, a 'los miembros del Parlamento por las funciones que desempeñan', por lo tanto le son concedidas, no en su interés personal, sino en el más importante del Estado. Ellos no podrían renunciarla salvo que, por ejemplo, 'renuncien a su oficio' " (Idem, p. 62

Siendo así, todos los caminos interpretativos conducen a afirmar que en la actualidad, los miembros de la Asamblea Nacional gozan de la inmunidad parlamentaria a que se refiere el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a los fines de asegurar el funcionamiento de ese cuerpo, por lo que se justifica que ampare a sus miembros una vez proclamados y siempre que se encuentren en ejercicio de sus cargos.

En el presente caso, se aprecia que los hechos por los cuales el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez está siendo juzgado por los órganos jurisdiccionales con competencia en materia penal por la presunta comisión de hechos delictuales cometidos con anterioridad a su elección como Diputado de la Asamblea Nacional, si bien fue proclamado, aun no se encuentra en ejercicio del cargo, por lo que siguiendo el razonamiento antes expuesto, aun no goza de inmunidad parlamentaria, de manera que el proceso penal seguido en su contra debe continuar su curso, y lógicamente deben mantenerse los efectos de las medidas cautelares acordadas en el marco de ese juicio.

El 5 de enero de 2011, es cuando se inicia el primer período de las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional o el día posterior más inmediato posible, a tenor de lo previsto en el artículo 219 constitucional, fecha en que el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, podría empezar a ejercer sus funciones como diputado y consecuentemente en la que comenzaría a gozar del beneficio de inmunidad parlamentaria inmediatamente después de su juramentación en el cargo; no obstante, su procesamiento penal debe continuar, tal como ocurriría con cualquier otro juicio de índole civil, de niños y adolescentes, laboral o del tránsito, por ejemplo, y ello debido a que el artículo 200 de la Constitución no dispone que la prerrogativa de inmunidad parlamentaria

incluya la paralización de los juicios ya iniciados, que sí contemplaba la Constitución de 1961 en su artículo 143, por lo que continuará el trámite del juicio del parlamentario ya iniciado para la fecha en que fue electo y proclamado.

En vista de lo antes expuesto, esta Sala declara la continuación del presente proceso penal seguido contra el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, en el marco del cual el Tribunal de la causa se pronunciará sobre las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad acordadas. Así se decide.

Por otra parte, no puede esta Sala dejar pasar desapercibido que los Diputados además del privilegio de inmunidad parlamentaria, gozan también de otras prerrogativas constitucionales cuyo fin es el aseguramiento del funcionamiento del Estado, como es el caso del antejuicio de mérito, de manera que cualquier proceso penal que se inicie mientras la persona ostente tal carácter, deberá ser precedido por la declaratoria expresa de este Máximo Tribunal en el sentido de que hay lugar a su enjuiciamiento, quedando excluidos de tal condición previa cualquier proceso que se haya iniciado con anterioridad a la obtención de la condición de funcionario de alta investidura, lo que se desprende de la mera lógica, en tanto que el antejuicio es previo al proceso penal y si ya éste se inició no resulta coherente revertir lo actuado, sólo para ejercer un prerrogativa que ostentan los funcionarios parlamentarios de alta investidura, la cual no detentaba para el momento del inicio de la causa.

Siendo así, como quiera que el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez fue electo Diputado con posterioridad al inicio de la presente causa, esta Sala declara de manera expresa que el presente proceso debe continuar su curso hasta su culminación, sin que sea procedente que este Tribunal Supremo de Justicia declare si existe o no mérito para ello, ni tampoco que se paralice una vez que el Diputado entra en funciones. Así se decide.

Vista la anterior declaratoria, se ordena la devolución del presente expediente al Juzgado Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, para que continúe la tramitación de la causa. Así se declara.

6.1.2.2.-Inmunidad Parlamentaria de los Diputados Suplentes

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Plena
Nº 7, Fecha: 05/04/11

Asumida la competencia, esta Sala pasa a determinar si el ciudadano Freddy José Curupe Mongua, electo Diputado Suplente de la Asamblea Nacional en las elecciones celebradas el 26 de septiembre de 2010, cuya proclamación tuvo lugar el 27 del mismo mes y año (según consta en Acta de Totalización, Adjudicación y Proclamación que corre inserta en los folios 127 al 134 de la tercera pieza del expediente), se encuentra amparado por la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria que gozan los Diputados a la Asamblea Nacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuestión ésta en que se apoyó la declinatoria de competencia formulada por el Tribunal Tercero de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Anzoátegui, extensión Barcelona.

Una vez determinado esto se examinará, en segundo lugar, si resulta procedente la tramitación del antejuicio de mérito para el procesamiento de dicho ciudadano.

Ahora bien, en cuanto al análisis de si se encuentra amparado por la inmunidad parlamentaria, la Sala Plena observa que según consta en los folios 222 al 297 de la segunda pieza del expediente, el Ministerio Público presentó acusación en fecha 22 de abril de 2010 contra el ciudadano Freddy José Curupe Mongua, vale decir, el proceso penal se inició antes que el procesado fuese electo diputado a la Asamblea Nacional, lo que ocurrió en el proceso comicial celebrado el 26 de septiembre de 2010.

Con relación a la aplicación de la prerrogativa de inmunidad consagrada en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala ya se ha pronunciado anteriormente, y así por ejemplo, en cuanto al alcance de la inmunidad parlamentaria consagrada en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la decisión de la Sala Plena número 60 del 26 de octubre de 2010,

publicada el 9 de noviembre de 2010, estableció:
"…Partiendo de que la ratio de la inmunidad parlamentaria es la protección de la función legislativa, debe determinarse a partir de qué momento empiezan sus miembros a gozar del beneficio. En ese sentido se aprecia, que el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

'Artículo 200. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia'.

De la interpretación literal del citado dispositivo constitucional, se desprende claramente que los diputados gozan de inmunidad 1) en el ejercicio de sus funciones, y 2) desde su proclamación, de manera que resulta claro que se requieren dos condiciones concurrentes para que opere el privilegio, por una parte haber sido proclamado y por otra estar en ejercicio de sus funciones, lo que encuentra una perfecta correspondencia con la razón de su previsión por parte del Constituyente, toda vez que si el fin de ese beneficio es garantizar el desenvolvimiento de la labor parlamentaria, se justifica que los asambleístas estén protegidos de cualquier acción externa a ese cuerpo que les impida legislar sólo mientras estén desempeñando su labor. En ese sentido, expresa Recoder de Casso, que '…Lo normal es que opere únicamente durante los períodos de sesiones y que en los intervalos entre dos períodos queden los parlamentarios sujetos al derecho común, sin perjuicio de que al iniciarse el período siguiente la Asamblea puede pedir la suspensión de las actuaciones iniciada…' (Idem, p. 1.189)…".

En este orden de ideas, la sentencia número 58 dictada por la Sala Plena el 26 de octubre de 2010, publicada el 9 de noviembre de 2010, dejó sentado lo siguiente en relación con la inmunidad parlamentaria:

"…Pero la vigente Carta Magna introduce en su artículo 200

un cambio cualitativo en la aplicación de esta prerrogativa. En efecto, la citada disposición alude al goce de la inmunidad parlamentaria "en el ejercicio de sus funciones", como destacara la Sala supra, y más adelante refiere que los delitos son los cometidos por los integrantes de la Asamblea Nacional.

De esta forma, bajo el nuevo esquema constitucional el constituyente utilizó como criterio determinante de la protección el sustantivo y no el adjetivo o procesal. Es decir, ***la inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional****, no a los que hubiere cometido antes de la elección y es por ello que no existe alusión alguna en el citado artículo 200 a la eventual circunstancia del arresto, detención o confinamiento para el momento de la proclamación.*
(…)
Así las cosas, mal puede amparar la inmunidad al parlamentario por la comisión de delitos cuya persecución se haya iniciado con anterioridad a su proclamación (…)".

Igualmente, la sentencia número 61 del 26 de octubre de 2010, publicada el 9 de noviembre de 2010, con relación a los requisitos para que resulte aplicable la institución de la inmunidad parlamentaria, expresó:

"(…) Por su parte la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1.999, en el artículo 200, señala que dicho privilegio se circunscribe temporalmente a dos aspectos que deben concurrir necesariamente, ***encontrarse en el ejercicio de las funciones*** *y* ***haber sido proclamado*** *(Artículo 200.* ***Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo****...).*

En virtud de ello, al haber analizado detenidamente aspectos jurisprudenciales, constitucionales y legales, ***podemos afirmar contundentemente que el privilegio de la inmunidad parlamentaria lo detentan única y exclusivamente las personas que estén en el ejercicio actual de cargos*** *(artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) (…)".*

La misma orientación jurisprudencial está recogida en la

sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia número 59 de fecha 26 de octubre de 2010, publicada el 9 de noviembre de 2010, donde se hacen los siguientes señalamientos:

"…En cambio, el que la inmunidad sólo procede durante el ejercicio de las funciones del parlamentario, es decir, que la inmunidad parlamentaria se aplica sólo en los casos en que se impida el buen funcionamiento del parlamento, luce evidente en la redacción de la propuesta aprobada en segunda discusión, la cual pasó a formar parte del artículo 200 de la Carta Magna vigente. Esto demuestra que la concepción de la inmunidad que la considera una garantía del buen funcionamiento de la Asamblea Legislativa, en vez de ser una garantía de la libertad del parlamentario, pesó firmemente en la concepción de los proponentes de las versiones que en definitiva fueron aprobadas.

La concepción de la que se viene hablando implica que la libertad del parlamentario sería un medio para alcanzar un fin. El fin es evitar que se vea afectada la composición del órgano o la formación de la voluntad legislativa por actos arbitrarios e inesperados.

En conclusión, considera la Sala que los cambios sufridos por el texto original propuesto ante la Asamblea Nacional Constituyente, en el sentido de centrar la naturaleza de la inmunidad en la protección del ejercicio de las funciones encomendadas a los parlamentarios (evidente en la frase "los diputados o diputadas… gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones"), así como la atribución al Tribunal Supremo de Justicia, con carácter privativo, de la potestad de enjuiciar a los parlamentarios, demuestran que la intención del constituyente fue restringir la inmunidad parlamentaria a aquéllos casos en los cuales su labor se viese amenazada por decisiones premeditadas y orientadas a perjudicar la composición del órgano y la toma de decisiones.
(…)
Es decir, hay prerrogativa en tanto se ejerza la función. Por consecuencia, cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal, y debe el diputado electo seguir sometido al proceso ya iniciado. Incluso, algunos autores sostienen que si el hecho que presuntamente tiene carácter de delito se comete en los pasillos de la Asamblea o el Congreso (en el caso de la inviolabilidad parlamentaria), el parlamentario puede ser desaforado

porque en el supuesto de receso no se está cumpliendo con el encargo legislativo.

Por eso, en los supuestos en los cuales los presuntos hechos punibles no hubiesen sido cometidos durante el ejercicio de funciones legislativas, no deben aplicarse las normas relativas a la inmunidad parlamentaria…”.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso de autos, resulta evidente lo siguiente:

1. El proceso penal iniciado contra el ciudadano Freddy José Curupe Mongua no podría verse afectado en forma alguna por el hecho de que haya sido escogido como Diputado Suplente a la Asamblea Nacional, dado que su juzgamiento se debe a la presunta comisión de hechos delictivos con anterioridad a su elección.

2. Dado que, como ya se ha dejado sentado, la inmunidad parlamentaria la detentan única y exclusivamente las personas que estén en el ejercicio actual de cargos y está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional, es evidente que el ciudadano Freddy José Curupe Mongua, al ser electo Diputado Suplente, no goza en términos generales de la prerrogativa de inmunidad parlamentaria. En ese sentido la sentencia número 59 del 26 de octubre de 2010, publicada el 9 de noviembre de 2010 dictada por la Sala Plena de este máximo tribunal, señala que “*hay prerrogativa en tanto se ejerza la función*” y “*cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal*”, porque lo que priva es una concepción de la inmunidad como garantía del buen funcionamiento de la Asamblea Nacional “*en vez de ser una garantía de la libertad del parlamentario*”.

En efecto, el hecho de que su elección se haya producido en condición de Diputado Suplente, y que en el caso no se ha alegado ni demostrado que esté incorporado actualmente a la Asamblea Nacional, determina la consecuencia ya señalada.

Cabe advertir que en las decisiones jurisprudenciales previamente citadas, todos los supuestos estaban referidos a la elección de Diputados Principales, y es por ello que en esos casos

se indica que la fecha en la cual comenzarían a gozar de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria es el día 5 de enero de 2011, o el más inmediato posible, a tenor de lo previsto en el artículo 219 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En definitiva, el proceso penal que se le sigue al ciudadano Freddy José Curupe Mongua por la presunta comisión de hechos delictuales se inició antes de su elección como Diputado Suplente de la Asamblea Nacional, por lo que, si bien fue proclamado, por su propia condición de suplente no se encuentra en ejercicio del cargo, en razón de lo cual, siguiendo el razonamiento antes expuesto, no goza de inmunidad parlamentaria, de manera que el proceso penal iniciado debe continuar su curso.

Solamente en caso de ser convocado para ejercer sus funciones como diputado, comenzaría a gozar del beneficio de inmunidad parlamentaria y no obstante en ese caso su procesamiento penal debería continuar, tal como ocurriría con cualquier otro juicio de índole civil, de niños y adolescentes, laboral o del tránsito, por ejemplo, y ello debido a que el artículo 200 de la Constitución no dispone que la prerrogativa de inmunidad parlamentaria incluya la paralización de los juicios ya iniciados, por lo que continuará el trámite del juicio del parlamentario ya iniciado para la fecha en que fue electo y proclamado como Diputado Suplente.

Dilucidado lo anterior, esta Sala pasa a examinar lo relativo a la aplicación del antejuicio de mérito a ciudadanos sometidos a procesos penales iniciados con anterioridad a su proclamación como Diputados a la Asamblea Nacional, y al respecto esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia número 60 del 26 de 0ctubre de 2010, publicada el 9 de noviembre de 2010, estableció:

"…Por otra parte, no puede esta Sala dejar pasar desapercibido que los Diputados además del privilegio de inmunidad parlamentaria, gozan también de otras prerrogativas constitucionales cuyo fin es el aseguramiento del funcionamiento del Estado, como es el caso del antejuicio de mérito, de manera que cualquier proceso penal que se inicie mientras la persona ostente tal carácter, deberá ser precedido por la declaratoria expresa de este Máximo Tribunal

en el sentido de que hay lugar a su enjuiciamiento, quedando excluidos de tal condición previa cualquier proceso que se haya iniciado con anterioridad a la obtención de la condición de funcionario de alta investidura, lo que se desprende de la mera lógica, en tanto que el antejuicio es previo al proceso penal y si ya éste se inició no resulta coherente revertir lo actuado, sólo para ejercer una prerrogativa que ostentan los funcionarios parlamentarios de alta investidura, la cual no detentaba para el momento del inicio de la causa...".

Aplicando el razonamiento precedente al caso de autos, es evidente que el ciudadano Freddy José Curupe Mongua, en vista que está siendo juzgado en un proceso penal que se inició antes de que fuese electo diputado a la Asamblea Nacional, no goza de la prerrogativa del antejuicio de mérito. Así se declara.

En vista de lo antes expuesto, esta Sala ordenara en la dispositiva de la presente decisión en forma expresa, positiva y precisa la continuación del proceso penal seguido contra el ciudadano Freddy José Curupe Mongua, en el marco del cual, el Tribunal de la causa se pronunciará sobre la solicitud formulada por el abogado Leonardo Guzmán Hernández, de que le sea otorgada a su representado medida cautelar sustitutiva de la medida privativa judicial preventiva de libertad. Así se decide.

6.1.2.3.- Inmunidad Parlamentaria de los Diputados de los Consejos Legislativos

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1636, Fecha: 16/06/03

Toca a la Sala resolver el presente recurso de interpretación, previamente a lo cual se observa que el escrito de la Defensoría del Pueblo contentivo de su opinión respecto a la interpretación solicitada, fue presentado el 18 de diciembre de 2002, esto es, cuando había transcurrido con creces el lapso de diez (10) días de despacho establecido por esta Sala en el fallo de admisión de este recurso, razón por la cual los argumentos expresados en dicho escrito no serán objeto de análisis por este Alto Tribunal. Así se decide.

Dicho lo anterior, se observa que la presente interpretación versa sobre los artículos 162 y 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, concretamente, está dirigida a que se establezca sí es extensible o no, la prerrogativa o privilegio del antejuicio de mérito a los legisladores regionales, y para el caso de que se decida que ostentan dicha prerrogativa, se determine cuál es el órgano competente y el procedimiento a seguir en caso de allanamiento de la inmunidad.

A tales fines, la Sala estima necesario examinar el contenido de los citados artículos, los cuales son del siguiente tenor:

“Artículo 162. El Poder Legislativo se ejercerá en cada Estado por un Consejo Legislativo conformado por un número no mayor de quince ni menor de siete integrantes, quienes proporcionalmente representarán a la población del Estado y a los Municipios. El Consejo Legislativo tendrá las atribuciones siguientes:

1. Legislar sobre las materias de la competencia estadal.
2. Sancionar la Ley de Presupuesto del Estado.
3. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

Los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, la obligación de rendición anual de cuentas y la inmunidad en su jurisdicción territorial, se regirán por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en cuanto les sean aplicables. Los legisladores o legisladoras estadales serán elegidos o elegidas por un período de cuatro años pudiendo ser reelegidos o reelegidas por dos períodos consecutivos como máximo. La ley nacional regulará el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo”.

“Artículo 200. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad compe-

tente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que violen la inmunidad de los o las integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley" (resaltado de este fallo).

Observa la Sala que la primera de las disposiciones constitucionales antes transcritas, establece -entre otras cosas- que la inmunidad de los integrantes del Consejo Legislativo se regirá por las normas que la Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en cuanto les sean aplicables, entre las que destaca el transcrito artículo 200. Ello nos impone partir del concepto de inmunidad, pues es con ocasión a la solicitud "...de allanamiento de la inmunidad parlamentaria del Diputado Freddy Rodríguez Escalona..." que se ejerce el presente recurso de interpretación.

La inmunidad se ha definido como "*(e)xpresión de gran importancia en Derecho Político, con relación a los Estados de organización democrática; porque se refiere a la prerrogativa que ampara a los miembros del Poder Legislativo, diputados y senadores, en virtud de la cual no pueden ser detenidos ni presos mientras estén en ejercicio de su mandato; salvo el caso de haber sido sorprendidos in fraganti en la comisión de un delito considerado grave; sin que tampoco puedan ser procesados o juzgados, a menos que el cuerpo legislativo a que pertenezcan conceda la correspondiente autorización. En realidad, no se trata de una prerrogativa establecida en beneficio del legislador, sino de una medida indispensable en evitación de que pudiera ejercerse sobre ellos una persecución judicial instada por los particulares y que afectaría a su independencia; por lo cual la inmunidad parlamentaria resulta esencial para el funcionamiento de una democracia*" (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Ossorio, Editorial Heliasta S.R.L., p.p. 384 y 385).

La inmunidad parlamentaria como prerrogativa procesal a favor de determinados funcionarios ha sido examinada en distintas oportunidades con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, por la Sala Plena de este Alto Tribunal en diversas decisiones, entre las cuales valen destacar las siguientes:

Sentencia del 11 de mayo de 2000 (caso: Geomar Ojeda Alcalá), en la que se dispuso que
"Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Nº 36.860 del 30 de diciembre de 1999, es preciso señalar, que se modificó sustancialmente el régimen institucional de los Poderes Públicos del Estado, y en tal sentido, entre otras modificaciones, a nivel nacional, en el artículo 186 se creó la Asamblea Nacional, en sustitución del Congreso de la República y, a nivel estadal, en el artículo 162 se creó el Consejo Legislativo "conformado por un número no mayor de quince ni menor de siete integrantes, quienes proporcionalmente representarán a la población del Estado y a los Municipios", siendo que los integrantes de ambos cuerpos legislativos deberán ser elegidos mediante sufragio en los próximos comicios a celebrarse el 28 de mayo del presente año, razón por la que fue designada de forma transitoria una Comisión Legislativa Nacional, y las Comisiones Legislativas de los Estados, que hasta ese momento, ejercerán también transitoriamente el Poder Legislativo Nacional y el estadal, respectivamente.

La novísima Constitución, en su artículo 200 le otorga el privilegio de la inmunidad a los integrantes de la Asamblea Nacional "desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo", situación que determina un antejuicio de mérito, previo al allanamiento legislativo y posterior enjuiciamiento en el caso de que se realicen acusaciones penales en su contra. Inmunidad que es extensiva a los miembros de la Comisión Legislativa, en virtud de sus funciones, y por disposición del artículo 162, a los integrantes del Consejo Legislativo y, así a los integrantes de las Comisiones Legislativas de los Estados, en la respectiva jurisdicción.

La extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno ya se había pronunciado con respecto a la justificación de tal privilegio, al declarar, en sentencia de fecha 19 de julio de 1984, la nulidad del artículo 152 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por estimar que el mismo era inconstitucional debido a que se extendía, en el tiempo, el antejuicio de mérito- como mecanismo adjetivo de garantizar el privilegio de la inmunidad- a los Ex Presidentes, Ex Ministros y Ex Gobernadores, más allá del ejercicio de sus cargos respectivos, lo cual suponía extender igualmente el privilegio. En tal sentido, en la motiva del fallo, dejó sentado:

"(...)Ahora bien, se explica fácilmente que para el enjuiciamiento del ciudadano que ejerce la Primera Magistratura del país y aun para los Ministros y demás altos funcionarios, se establezca una competencia especial en la Corte Suprema de Justicia y se les rodee de una serie de prerrogativas o privilegios, pues las múltiples y delicadas funciones de que están investidos dichos ciudadanos así lo demandan. Por ejemplo, es comprensible que con respecto a esos Altos Funcionarios, haya necesidad de declarar previamente, ante una acusación penal, si hay o no mérito para un enjuiciamiento, pues no es lógico, ni el interés del Estado así lo permite, que a cada momento esos funcionarios pudieren verse entrabados en sus complejas y delicadas funciones por cualquier acusación que fuera dado hacerles cualquier ciudadano, sin ser suficientemente seria y fundada. Se comprende, asimismo, que debe pasárseles a dichos funcionarios copia íntegra de la querella y de la documentación acompañada para su debido conocimiento y defensa, pues no es compatible con esas mismas funciones el que dichos funcionarios tengan que estar concurriendo al Tribunal en horas de audiencia o de secretaría, como cualquier reo, a imponerse de las actas del expediente. Por esas mismas razones, se comprende también que el Tribunal competente para conocer del antejuicio sea la Corte y que se les otorguen los demás privilegios o prerrogativas que sus complejos y delicados cargos imponen. Todo ello enmarca perfectamente dentro de la definición de "prerrogativa".

Por su parte, el artículo 266, numeral 3º de la vigente Constitución atribuye al Tribunal Supremo de Justicia el declarar si hay mérito o no para el enjuiciamiento, entre otros, de los integrantes de la Asamblea Nacional, y por disposición del artículo 162, debe entenderse también de los miembros de los Consejos Legislativos, resultando aplicables al mismo las disposiciones legales que se dicten en ejecución del texto constitucional, así como las normas legales vigentes que no contraríen a la Ley Fundamental, en virtud de lo previsto en la Disposición Derogatoria Única Constitucional, todo lo cual determina la competencia de esta Sala Plena para pronunciarse en el sentido solicitado. Así se declara" (negrillas de este fallo).

- Sentencia dictada el 26 de julio de 2000, recaída en el caso GUILLERMO PALACIOS, en la cual se sostuvo lo siguiente:

"La inmunidad parlamentaria y el régimen adjetivo del Antejuicio de mérito se encuentran consagrados dentro del ordenamiento constitucional de 1999, con ciertas diferencias respecto de la regulación de la Constitución de la República de Venezuela de 1961

Así, en la recientemente publicada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la inmunidad parlamentaria de los diputados a la Asamblea Nacional, ha sido regulada dentro de la Sección Tercera (de los Diputados y Diputadas a la Asamblea Nacional), del Capítulo I (Del Poder Legislativo Nacional), del Título V (De la Organización del Poder Público Nacional), en el artículo 200 que consagra expresamente, lo siguiente:

...omissis...

En efecto, la Constitución vigente modifica e innova en algunos aspectos la regulación constitucional establecida por el Constituyente de 1961. Uno de los aspectos que cambió con la nueva regulación constitucional, está referido a la vigencia temporal de la inmunidad parlamentaria como excepción al principio de igualdad frente a la ley. Así, tal como se desprende del artículo 143 y 147 de la Constitución de 1961, el referido privilegio surtía efectos desde el momento de la proclamación del parlamentario en su cargo, prolongándose durante los veinte días siguientes a la conclusión del mandato o la renuncia del parlamentario. Sin embargo, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dicho privilegio se circunscribe temporalmente desde el momento de la proclamación hasta la culminación del mandato, bien sea por renuncia o debido a la terminación del período, esto es, que ha sido suprimida la extensión del privilegio durante los veinte días siguientes a la cesación en la cargo.

Resulta claro que la inmunidad parlamentaria como excepción al principio de la igualdad, se justifica sólo, y nada más por eso, en la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que las personas en el ejercicio de la actividad parlamentaria, no se vean distraídas en sus misiones por ataques infundados, a los cuales, justamente por ser figuras públicas, se encuentran permanentemente expuestos (...)".

- Decisión del Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena del 19 de marzo de 2003 (caso: RODOLFO DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ y SAÚL ANTONIO ORTEGA CAMPOS), en la que se dispuso lo siguiente:

"En primer lugar, en lo que concierne a la extensión de la prerrogativa del antejuicio de mérito a los miembros legisladores de los Consejos Legislativos de las entidades estadales, opina este Juzgado de Sustanciación que, si bien ello no se encuentra consagrado, de forma expresa, en el Texto Constitucional de la República, como lo es en el caso de los Diputados a la Asamblea Nacional (numeral 3 del artículo 266 de la Constitución), lo cierto es que el artículo 162 del mismo texto constitucional señala claramente que la inmunidad de dichos funcionarios públicos 'se regirán por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas de a la Asamblea Nacional, en cuantos le sean aplicables'. De igual manera, en el artículo 9 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados se acogió este principio, y así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Plena y de este Juzgado de Sustanciación. Por ende, quien juzga estima que los Legisladores al Consejo Legislativo de los estados ostentan la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, y sobre esta base se analiza la presente solicitud".

Por otra parte, la Sala Constitucional al estudiar el privilegio del antejuicio de mérito, ha analizado quienes pueden solicitar dicho antejuicio (sentencia del 20 de junio de 2002, caso: Tulio Álvarez), señalando lo siguiente:

"Los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional no señalan a quién corresponde la solicitud del antejuicio de mérito, y el artículo 285 eiusdem no se lo atribuye al Fiscal General de la República, por lo que ante el silencio de la ley y debido a la accesibilidad directa a la justicia, tal petición debe corresponder a quien, según el artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal, sea víctima (ya que el antejuicio no atiende a una acción popular).

Sin embargo, el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal exige que el antejuicio de mérito proceda previa querella del Fiscal General de la República.

Dicha norma puede ser entendida en el sentido de que sólo corresponde al Fiscal incoar el antejuicio de mérito, pero si ella fuera así, el Código Orgánico Procesal Penal –que es preconstitucional- estaría limitando a la Constitución, que no contempló que el planteamiento del antejuicio correspondiera exclusivamente al Fiscal General de la República.

Como antes apuntó la Sala, a la víctima, para el ejercicio de la acción penal (exclusiva del Ministerio Público), se le garantiza el acceso a la justicia penal (artículo 23 del Código Orgánico Procesal Penal), lo cual se logra mediante los derechos que le otorgan los artículos 118 y 120 del Código Orgánico Procesal Penal. Este último, en su numeral 1, le da el derecho a querellarse e intervenir en el proceso.

Si la víctima puede querellarse e intervenir en el proceso penal ordinario, resulta contradictorio que ella no pueda pedir **motu proprio** un antejuicio de mérito, el cual es, además, un procedimiento distinto al que nace por el ejercicio de la acción penal.

A juicio de esta Sala, una víctima pasiva no es concebible y si ella puede querellarse y actuar en el proceso penal, con mayor razón podrá solicitar antejuicio de mérito, lo que, además, no se lo prohíbe la Constitución vigente y no puede estar en peor condición con respecto a ese antejuicio, que con relación al proceso ordinario.

De allí que, para la Sala, aquél que tenga la condición de víctima podrá solicitar el antejuicio de mérito para las personas que gozan de tal privilegio, con independencia del Ministerio Público, que será notificado de la petición de antejuicio y de su apertura para que se haga parte, si lo estima conveniente.

Si la víctima pide el antejuicio, ella será quien aporte las pruebas, que hagan verosímil los hechos imputados, y ante la falta de regulación en la ley del desarrollo de este antejuicio, considera la Sala que el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena, según las pruebas aportadas, admitirá o negará la petición, para su tramitación, en fallo apelable ante la Sala Plena en

el término ordinario y, de considerarse admisible la petición, la Sala Plena la enviará, con sus recaudos y el auto de admisión, al Ministerio Público, a quien, por mandato del numeral 3 del artículo 285 constitucional, le corresponde:

'Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración'.

Corresponderá al Ministerio Público, con base en lo que investigue, la proposición formal del antejuicio de mérito o los demás actos conclusivos del proceso penal establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal, y la Sala Plena obrará como juez que resolverá lo conducente.

Si la Sala Plena no declarara el archivo o el sobreseimiento, ordenará la interposición del antejuicio de mérito en un tiempo determinado, y si el Fiscal General no cumple, solicitará que el suplente lo incoe y, de éste no existir, procederá a nombrar un Fiscal que lo interponga.

Ahora bien, si el antejuicio que incoen los particulares es declarado sin lugar, ello no implica que el Ministerio Público no pueda volver a proponerlo por los mismos delitos, ya que a éste no pueden los particulares obligarlo a actuar contra su voluntad, debido a que considere que para ese momento no existe el delito o no hay pruebas suficientes del mismo y de quienes son sus autores y partícipes (...)"

Observa la Sala que aun cuando para la fecha en que se ejerció el presente recurso no existía regulación legal sobre la materia sometida a interpretación, resulta oportuno referirse a las disposiciones de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados publicada en la Gaceta Oficial Nº 37.282 del 13 de septiembre de 2001, que establecen la inmunidad y el procedimiento para el levantamiento de la misma. En efecto, disponen los artículos 9 y 10 de dicha Ley, lo siguiente:

"Artículo 9. Los legisladores y legisladoras de los Consejos Legislativos de los Estados gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus

funciones en los términos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, autorizará de manera privativa el enjuiciamiento del legislador o legisladora a quien se le impute la presunta comisión de un hecho punible y, previa autorización del Consejo Legislativo Estadal, podrá ordenar su detención. El expediente respectivo será remitido al tribunal de instancia competente para la continuación del enjuiciamiento.

En caso de delito flagrante, la autoridad competente lo o la pondrá bajo su custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia”

”Artículo 10. A efectos del procedimiento establecido en el artículo anterior, una vez recibida la autorización formulada por el Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Legislativo Estadal procederá a designar una comisión especial que se encargará de estudiar el asunto y presentar al Cuerpo en pleno, dentro de los treinta (30) días siguientes a su constitución, un informe pormenorizado, con una proposición sobre la procedencia o no de la autorización solicitada, garantizando, a todo evento, al legislador o legisladora involucrado, la aplicación de las reglas del debido proceso consagradas en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La comisión especial podrá recabar de la autoridad judicial solicitante, así como de cualquier otro órgano del estado o de los particulares la información que estime necesaria, y se abstendrá de presentar en el informe opiniones sobre la calificación jurídica del asunto.

En todo caso, la autorización se entenderá denegada si en el plazo de treinta (30) días siguientes a la presentación del informe por la comisión especial correspondiente, el Consejo Legislativo Estadal respectivo no se hubiere pronunciado sobre el particular

El legislador o legisladora, a quien se haya solicitado el levantamiento de su inmunidad, se abstendrá de votar en la decisión que sobre el asunto tome el correspondiente Consejo Legislativo Estadal”.

Partiendo del concepto y finalidad de la inmunidad parlamentaria, así como de la jurisprudencia citada y del análisis de las disposiciones constitucionales y legales que actualmente regulan dicho privilegio constitucional, la Sala resuelve la interpretación solicitada, de la siguiente manera:

1.- **Los miembros legisladores de los Consejos Legislativos tienen la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria de conformidad con lo establecido en el artículo 162 constitucional en el territorio del Estado en que ejerzan sus funciones o fuera de dicho territorio siempre y cuando el hecho que da lugar a acciones en su contra se produce con motivo del ejercicio de su cargo. Este trato es diferente al establecido en la Constitución de 1961 respecto a la inmunidad de los miembros de la Asamblea Legislativa de cada Estado**.

2.- La solicitud de antejuicio de mérito para el caso de los miembros legisladores de los Consejos Legislativos al igual que ocurre con los altos funcionarios a que se refieren los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional, corresponde al Fiscal General de la República, y puede ser formulada por quien demuestre la condición de víctima del hecho punible que se le pretenda imputar al funcionario que goza de la prerrogativa, caso éste en el cual se procederá conforme a lo establecido en el fallo dictado por esta Sala el 20 de junio de 2002.

3.- La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia es la competente para declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los miembros legisladores de los Consejos Legislativos.

4.- La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia es la competente -en el caso de decidir que hay mérito para el enjuiciamiento del miembro legislador del Consejo Legislativo- para ordenar su detención, previa autorización del órgano legislativo, el cual deberá en aras al debido proceso, dar oportunidad al afectado de ejercer su defensa antes de decidir al respecto. A partir de la autorización que dé el órgano legislativo a este Alto Tribunal, quedará allanada la inmunidad, y será la Sala Plena la competente para conocer -en forma privativa- del enjuiciamiento del funcionario. En el supuesto de que el órgano legislativo niegue la autorización antes referida, el ejercicio de la acción contra el miembro legislativo de dicho órgano estará supeditada

a la conclusión del mandato o a la renuncia del parlamentario; circunstancias éstas que producen la pérdida de la inmunidad como prerrogativa procesal.

5.- El procedimiento aplicable será el contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal (artículo 379) para el caso de juicios contra altos funcionarios del Estado.

6.1.2.4.- Inmunidad Funcionarios Consulares

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 937, Fecha: 25/07/2014

En primer lugar, con relación a la legitimación para ejercer la presente acción de amparo, en sentencia N° 2426 del 8 de marzo de 2002 (Caso: *Luis Reinoso*) esta Sala sostuvo que si bien la legitimación activa en una acción de amparo la tienen, en principio, quienes hayan sido directamente afectados en sus derechos constitucionales, cuando se trata de un amparo a la libertad personal, la legitimación activa se extiende a cualquier persona en nombre del privado de libertad, conforme a lo establecido en los artículos 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la que el ciudadano Hugo Armando Carvajal Segovia, hijo del agraviado de autos, está legitimado para ejercer la presente acción. Así se decide.

En segundo lugar, en cuanto al fondo de la solicitud, se observa lo siguiente:

Es un hecho público y notorio, tanto nacional como internacional, acreditado en autos con ejemplares de prensa por la parte solicitante, que el ciudadano Hugo Armando Carvajal Barrios, fue privado de su libertad el día 23 de julio de 2014, por autoridades del Gobierno de Aruba, a su llegada a ese país y luego de haberse agotado el trámite de ingreso al mismo con el pasaporte diplomático asignado, tal y como lo había efectuado en otras oportunidades, luego de producida su designación como Cónsul General de la República Bolivariana de Venezuela en Aruba, el 16 de enero de 2014.

Así pues, dicha detención se produjo en la persona de un funcionario consular venezolano activo, no solo con posterioridad a su designación, sino incluso estando el Gobierno de Aruba en conocimiento de que el Cónsul General, jefe titular de la misión, Hugo Armando Carvajal Barrios, inició sus funciones consulares en fecha 07 de febrero de 2014, en virtud de la notificación que le efectuó el 10 de febrero de 2014, el Consulado General de Venezuela en Aruba al departamento de relaciones exteriores de Aruba. De allí que su privación de libertad se produjo estando en dicha condición, la cual está plenamente vigente y determina los privilegios e inmunidades previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y en las demás fuentes del derecho internacional público.

Al respecto, es preciso señalar que esta Sala ha reconocido que la inmunidad de jurisdicción de los Estados constituye un principio universal de Derecho Internacional Público, vinculado a la máxima según la cual los funcionarios diplomáticos y consulares no deben ser interferidos por las autoridades locales, a fin de que puedan desempeñar sus deberes con la libertad propia de las funciones que le han sido encomendadas por su Estado (véase, sobre las funciones consulares, Ley Orgánica del Servicio Exterior de la República Bolivariana de Venezuela). En efecto, en la evolución del cuerpo normativo que compone el Derecho Internacional Público, destaca que dicha máxima se encuentra definitivamente consagrada en el preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en el que los Estados se expresaron "[c]onscientes de que la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos" (Sentencia n° 954 del 24 de mayo de 2004. Caso: "William Alberto Simanca Rojas y otro").

De allí que el Derecho Internacional Público contempla un régimen de protecciones orientadas a garantizar que las funciones consulares y/o diplomáticas sean ejercidas del modo más adecuado y coherente con las funciones que están llamados a desempeñar sin presiones de los Estados receptores, o de terceros Estados. Es así como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares estatuye a favor de todos los miembros de la oficina consular, la libertad de tránsito y de circulación en el

territorio del Estado receptor (artículo 34), al igual que le impone a éste el deber de tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptar todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad (artículo 40).

En el presente caso constituye un hecho público, notorio y comunicacional que la detención del Cónsul General de Venezuela se produjo a su llegada a Aruba, por parte de las autoridades de ese país, coartando el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo y contrariando abiertamente el mandato del artículo 40 de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares (contenido en la Sección II, referida a las "*facilidades, privilegios e inmunidades relativos a los funcionarios consulares de carrera y a los demás miembros de la oficina consular*"), según el cual los Estados deberán ***"tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad"*** (resaltado de este fallo).

Como puede observarse, las autoridades de Aruba están obligadas a garantizar todas las facilidades, privilegios e inmunidades que ostenta el Cónsul General de esta República en ese país, circunstancia que no ocurrió en esta oportunidad, por cuanto la principal autoridad consular de Venezuela en ese país, ciudadano Hugo Carvajal, se encuentra privado de su libertad, no sólo en flagrante violación a la referida Convención, a otras fuentes del derecho internacional, a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a los derechos humanos del mismo, sino también a la soberanía de la República Bolivariana de Venezuela, pues el hecho lesivo recae sobre un legítimo representante de la misma ante esa Nación.

De allí que esta Sala debe condenar del modo más enérgico la restricción de la libertad de la cual ha sido víctima el funcionario del servicio exterior de más alto rango que cumple funciones en Aruba. Ello amerita tal moción de esta Sala, pues las agresiones a las que puedan ser sometidos los funcionarios consulares y diplomáticos de la República Bolivariana de Venezuela, suponen una afrenta al propio orden institucional patrio, en cuyo caso el Estado está en la obligación de ejercer sus competencias para la justa reivindicación de su soberanía, máxime cuando pueden

estar vinculados elementos en materia de seguridad y defensa, cometido esencial del Estado en procura de la soberanía nacional, la cual ha sido el fundamento de decisiones como las contenidas en las sentencias nros. 1942/2003 y 1939/2008.

Apreciando las circunstancias presentadas en el presente caso, observa esta Sala que en el sistema de fuentes del Derecho Internacional Público, no resultaría admisible que las supuestas ejecutorias amparadas en un presunto tratado o convenio bilateral suscrito por un Estado con otro en determinada materia, puedan ser de aplicación preferente frente a un convenio multilateral que reúne la voluntad de un auténtico concierto de naciones, como lo es la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De allí que asumir lo contrario, brindando preferencia a un convenio, tratado o instrumento internacional bilateral antes que a uno multilateral, constituye una inobservancia al Derecho Internacional Público; máxime cuando debe aplicarse la reciprocidad en cuanto al tratamiento de los funcionarios del servicio exterior.

En efecto, la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares se fundamenta en los siguientes considerandos:

"Los Estados Parte en la presente Convención,

Teniendo presente que han existido relaciones consulares entre los pueblos desde hace siglos,

Teniendo en cuenta los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas relativos a la igualdad soberana de los Estados, al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales y al fomento de las relaciones de amistad entre las naciones,

Considerando que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, abierta a la firma de los Estados el 18 de abril de 1961,

Estimando que una convención internacional sobre relaciones, privilegios e inmunidades consulares contribuirá también al desarrollo de las relaciones amistosas entre las naciones, prescindiendo de sus diferencias de régimen constitucional y social,

Conscientes de que la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos,

Afirmando que las normas de derecho internacional consue-

tudinario continuarán rigiendo las materias que no hayan sido expresamente reguladas por las disposiciones de la presente Convención (...).”

Como puede apreciarse, los fines orientadores de esa autodenominada “*convención internacional sobre relaciones, privilegios e inmunidades consulares*”, son el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional, así como el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones, inclusive prescindiendo de sus diferencias de régimen constitucional y social, dentro de lo cual se incluye la dimensión judicial.

En ese orden de ideas, ese cardinal instrumento multilateral dispone, entre otras normas, las siguientes:

Artículo 31
INVIOLABILIDAD DE LOS LOCALES CONSULARES

1. Los locales consulares gozarán de la inviolabilidad que les concede este artículo.
2. Las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar en la parte de los locales consulares que se utilice exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, salvo con el consentimiento del jefe de la oficina consular, o de una persona que él designe, o del jefe de la misión diplomática del Estado que envía. Sin embargo, el consentimiento del jefe de oficina consular se presumirá en caso de incendio, o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección.
3. Con sujeción a las disposiciones del párrafo 2 de este artículo, el Estado receptor tendrá la obligación especial de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger los locales consulares, con arreglo a las disposiciones de los párrafos anteriores, contra toda intrusión o daño y para evitar que se perturbe la tranquilidad de la oficina consular o se atente contra su dignidad.
4. Los locales consulares, sus muebles, los bienes de la oficina consular y sus medios de transporte, no podrán ser objeto de ninguna requisa, por razones de defensa nacional o de utilidad pública. Si para estos fines fuera necesaria la expropiación, se tomarán las medidas posibles para evitar que se perturbe el ejercicio de las funciones consulares y se pagará al Estado que envía una compensación inmediata, adecuada y efectiva.

Artículo 33
INVIOLABILIDAD DE LOS ARCHIVOS Y DOCUMENTOS CONSULARES
Los archivos y documentos consulares son siempre inviolables dondequiera que se encuentren.

Artículo 34
LIBERTAD DE TRANSITO
Sin perjuicio de lo dispuesto en sus leyes y reglamentos relativos a las zonas de acceso prohibido o limitado por razones de seguridad nacional, el Estado receptor garantizará la libertad de tránsito y de circulación en su territorio a todos los miembros de la oficina consular.

Artículo 35
LIBERTAD DE COMUNICACIÓN

1. El Estado receptor permitirá y protegerá la libertad de comunicación de la oficina consular para todos los fines oficiales. La oficina consular podrá utilizar todos los medios de comunicación apropiados, entre ellos los correos diplomáticos o consulares, la valija diplomática o consular y los mensajes en clave o cifra, para comunicarse con el gobierno, con las misiones diplomáticas y con los demás consulados del Estado que envía, dondequiera que se encuentren. Sin embargo, solamente con el consentimiento del Estado receptor, podrá la oficina consular instalar y utilizar una emisora de radio.
2. La correspondencia oficial de la oficina consular será inviolable. Por correspondencia oficial se entenderá toda correspondencia relativa a la oficina consular y a sus funciones.
3. La valija consular no podrá ser abierta ni retenida. No obstante, si las autoridades competentes del Estado receptor tuviesen razones fundadas para creer que la valija contiene algo que no sea la correspondencia, los documentos o los objetos a los que se refiere el párrafo 4 de este artículo, podrán pedir que la valija sea abierta, en su presencia, por un representante autorizado del Estado que envía. Si las autoridades del Estado que envía rechazasen la petición, la valija será devuelta a su lugar de origen.
4. Los bultos que constituyan la valija consular deberán ir

provistos de signos exteriores visibles, indicadores de su carácter, y sólo podrán contener correspondencia y documentos oficiales, u objetos destinados exclusivamente al uso oficial.

5. El correo consular deberá llevar consigo un documento oficial en el que se acredite su condición de tal y el número de bultos que constituyan la valija consular. Esa persona no podrá ser nacional del Estado receptor ni, a menos que sea nacional del Estado que envía, residente permanente en el Estado receptor, excepto si lo consiente dicho Estado. En el ejercicio de sus funciones estará protegida por el Estado receptor. Gozará de inviolabilidad personal y no podrá ser objeto de ninguna forma de detención o arresto.
6. El Estado que envía, su misión diplomática y sus oficinas consulares podrán designar correos consulares especiales. En ese caso, serán también aplicables las disposiciones del párrafo 5 de este artículo, con la salvedad de que las inmunidades que en él se especifican dejarán de ser aplicables cuando dicho correo haya entregado la valija consular a su cargo al destinatario.
7. La valija consular podrá ser confiada al comandante de un buque, o de una aeronave comercial, que deberá aterrizar en un aeropuerto autorizado para la entrada. Este comandante llevará consigo un documento oficial en el que conste el número de bultos que constituyan la valija, pero no será considerado como correo consular. La oficina consular podrá enviar a uno de sus miembros a hacerse cargo de la valija, directa y libremente de manos del comandante del buque o de la aeronave, previo acuerdo con las autoridades locales competentes.

Artículo 36

COMUNICACIÓN CON LOS NACIONALES DEL ESTADO QUE ENVIA

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

   a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los

funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

Sección II
FACILIDADES, PRIVILEGIOS E INMUNIDADES RELATIVOS A LOS FUNCIONARIOS CONSULARES DE CARRERA Y A LOS DEMAS MIEMBROS DE LA OFICINA CONSULAR

Artículo 40
PROTECCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS CONSULARES

El Estado receptor deberá tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

Artículo 41
INVIOLABILIDAD PERSONAL DE LOS FUNCIONARIOS CONSULARES

1. Los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente.
2. Excepto en el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, los funcionarios consulares no podrán ser detenidos ni sometidos a ninguna otra forma de limitación de su libertad personal, sino en virtud de sentencia firme.
3. Cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular, éste estará obligado a comparecer ante las autoridades competentes. Sin embargo, las diligencias se practicarán con la deferencia debida al funcionario consular en razón de su posición oficial y, excepto en el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, de manera que perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares. Cuando en las circunstancias previstas en el párrafo 1 de este artículo sea necesario detener a un funcionario consular, el correspondiente procedimiento contra él deberá iniciarse sin la menor dilación.

Artículo 42
COMUNICACIÓN EN CASO DE ARRESTO, DETENCIÓN PREVENTIVA O INSTRUCCIÓN DE UN PROCEDIMIENTO PENAL
Cuando se arreste o detenga preventivamente a un miembro del personal consular, o se le instruya un procedimiento penal, el Estado receptor estará obligado a comunicarlo sin demora al jefe de oficina consular. Si esas medidas se aplicasen a este último, el Estado receptor deberá poner el hecho en conocimiento del Estado que envía, por vía diplomática.

Artículo 43
INMUNIDAD DE JURISDICCION

1. Los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares.
2. Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se apli-

carán en el caso de un procedimiento civil:

a). que resulte de un contrato que el funcionario consular, o el empleado consular, no haya concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía, o

b). que sea entablado por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión, ocurrido en el Estado receptor.

Artículo 45
RENUNCIA A LOS PRIVILEGIOS E INMUNIDADES

1. El Estado que envía podrá renunciar, respecto de un miembro de la oficina consular, a cualquiera de los privilegios e inmunidades establecidos en los artículos 41, 43 y 44.
2. La renuncia habrá de ser siempre expresa, excepto en el caso previsto en el párrafo 3 de este artículo, y habrá de comunicarse por escrito al Estado receptor.
3. Si un funcionario consular o un empleado consular entablase una acción judicial en una materia en que goce de inmunidad de jurisdicción conforme al artículo 43, no podrá alegar esa inmunidad en relación con cualquier demanda reconvencional que esté directamente ligada a la demanda principal.
4. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de acciones civiles o administrativas no implicará, en principio, la renuncia a la inmunidad en cuanto a las medidas de ejecución de la resolución que se dicte, que requerirán una renuncia especial.

Artículo 53
PRINCIPIO Y FIN DE LOS PRIVILEGIOS E INMUNIDADES CONSULARES

1. Los miembros de la oficina consular gozarán de los privilegios e inmunidades regulados por la presente Convención, desde el momento en que entren en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo o, si se encuentran ya en ese territorio, desde el momento en que asuman sus funciones en la oficina consular.
2. Los miembros de la familia de un miembro de la oficina consular que vivan en su casa, y los miembros de su

personal privado, gozarán de los privilegios e inmunidades previstos en la presente Convención, desde la fecha en que el miembro del consulado goce de privilegios e inmunidades con arreglo al párrafo 1 de este artículo, o desde su entrada en el territorio del Estado receptor o desde el día en que lleguen a formar parte de la familia o del personal privado del miembro de la oficina consular. De esas fechas regirá la que sea más posterior.

3. Cuando terminen las funciones de un miembro de la oficina consular, cesarán sus privilegios e inmunidades así como los de cualquier miembro de su familia que viva en su casa y los de su personal privado; normalmente ello ocurrirá en el momento mismo en que la persona interesada abandone el territorio del Estado receptor o en cuanto expire el plazo razonable que se le concede para ello, determinándose el cese por la fecha más anterior, aunque subsistirán hasta ese momento incluso en caso de conflicto armado. Los privilegios e inmunidades de las personas a las que se refiere el párrafo 2 de este artículo terminarán en el momento en que esas personas dejen de pertenecer a la familia o de estar al servicio de un miembro de la oficina consular. Sin embargo, cuando esas personas se dispongan a salir del Estado receptor dentro de un plazo de tiempo razonable, sus privilegios e inmunidades subsistirán hasta el momento de su salida.
4. No obstante, por lo que se refiere a los actos ejecutados por un funcionario consular o un empleado consular en el ejercicio de sus funciones, la inmunidad de jurisdicción subsistirá indefinidamente.
5. En caso de fallecimiento de un miembro de la oficina consular, los miembros de su familia que vivan en su casa seguirán gozando de los privilegios e inmunidades que les correspondan hasta que salgan del Estado receptor, o hasta la expiración de un plazo prudencial que les permita abandonarlo. De estas fechas regirá la que sea más anterior.

Artículo 54
OBLIGACIONES DE LOS TERCEROS ESTADOS

1. Si un funcionario consular atraviesa el territorio o se encuentra en el territorio de un tercer Estado que, de ser

necesario, le haya concedido un visado, para ir a asumir sus funciones o reintegrarse a su oficina consular o regresar al Estado que envía, dicho tercer Estado le concederá todas las inmunidades reguladas por los demás artículos de la presente Convención que sean necesarias para facilitarle el paso o el regreso. La misma disposición será aplicable a los miembros de su familia que vivan en su casa y gocen de esos privilegios e inmunidades, tanto si acompañan al funcionario consular, como si viajan separadamente para reunirse con él o regresar al Estado que envía.

2. En condiciones análogas a las previstas en el párrafo 1 de este artículo, los terceros Estados no deberán dificultar el paso por su territorio de los demás miembros de la oficina consular y de los miembros de la familia que vivan en su casa.
3. Los terceros Estados concederán a la correspondencia oficial y a las demás comunicaciones oficiales en tránsito, incluso a los despachos en clave o en cifra, la misma libertad y protección que el Estado receptor está obligado a concederles con arreglo a la presente Convención. Concederán a los correos consulares, a los cuales, de ser necesario, se les extenderá un visado, y a las valijas consulares en tránsito, la misma inviolabilidad y protección que el Estado receptor está obligado a concederles de conformidad con la presente Convención.
4. Las obligaciones que prescriben los párrafos 1, 2 y 3 de este artículo para los terceros Estados, se aplicarán asimismo a las personas mencionadas respectivamente en dichos párrafos, y también a las comunicaciones oficiales y valijas consulares, cuya presencia en el territorio del tercer Estado se deba a un caso de fuerza mayor. (Resaltado de este fallo)

De allí que las anteriores normas constituyen el cuerpo jurídico que regula el ejercicio de las funciones consulares con las adecuadas garantías intrínsecas a las mismas, destacándose un sistema de privilegios e inmunidades, que rige desde el momento en que los funcionarios del servicio exterior entren en el territorio del Estado receptor, para tomar posesión de su cargo, o si se encuentran ya en ese territorio, desde el momento en que asuman sus funciones en la oficina consular, tal como ocurrió

con el Cónsul General de la República Bolivariana de Venezuela en Aruba.

El sistema antes referido debe ser observado para preservar la paz y la armonía, en el desenvolvimiento de las relaciones internacionales. En tal sentido, y bajo este contexto cobran especial relevancia los principios de buena fe y confianza que han de regir entre los Estados, al designar a sus representaciones diplomáticas y consulares, para que se brinde a ellas la protección y garantías que acuerda el Derecho Internacional Público.
Al respecto, la doctrina en cuanto a los derechos de los agentes diplomáticos ha apuntado que "(l)a teoría de la necesidad de la función [consular y/o diplomática] es la más aceptada modernamente. Puede enunciarse en los siguientes términos, que equivalen al viejo principio *ne impediatur legatio*: El agente diplomático sólo puede desempeñar su representación eficazmente si el Estado que lo recibe le otorga garantías para su función, es decir, privilegios que aseguren su libre ejercicio. Ahora bien, como el interés de la función sólo puede justificar dichos privilegios, las otras prerrogativas de que gozan los agentes, se fundan en los principios de cortesía y reciprocidad, tradicionales en las relaciones diplomáticas" (Pérez de Cuéllar, Javier. Manual de Derecho Diplomático. México. 1997).

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 152, regula lo concerniente a las relaciones internacionales, en los siguientes términos:

"Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales".

Como puede apreciarse, el Texto Fundamental vincula las relaciones internacionales de la República a los fines del Es-

tado, en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo. Aunado a ello, enuncia que esas relaciones deben regirse por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad.

En ese orden de ideas, el principio de independencia de las naciones determina, entre otros aspectos, la libre designación y protección de sus representantes ante otros Estados, así como también las políticas diplomáticas que estime necesarias para la protección de sus intereses, conforme a las normas aplicables.

Por su parte, el principio de no intervención en los asuntos internos proscribe cualquier interferencia en las cuestiones propias de cada Estado, circunstancias como la libre elección y actuación de los funcionarios del servicio exterior de la República, razón por la que es evidente la violación de tales valores y principios, entre otros, al haberse practicado la detención del Cónsul General de Venezuela en Aruba, contrariando de forma palmaria la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares y otros instrumentos internacionales.

Particularmente, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, determina la importancia de los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma “pacta sunt servanda”, universalmente reconocidos, estableciendo lo siguiente:

“…Observancia de los tratados.

26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Interpretación de los tratados.

31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (…)”.

Partiendo de lo antes expuesto, esta Sala observa además que en el caso de autos, se ha planteado que el aludido Cónsul

General se encuentra siendo tratado por parte de las autoridades de Aruba, como un ciudadano común, desconociéndole el carácter conferido por el Estado Venezolano, debidamente designado como parte del cuerpo del servicio exterior de la República, desde cuyo momento se encuentra amparado bajo las protecciones que acuerda el Derecho Internacional Público para los funcionarios del servicio exterior, garantizando con ello el normal desenvolvimiento de las funciones consulares en el Estado receptor.

Por último, desde la perspectiva del derecho internacional, debe indicarse que el Estado venezolano, tendría la potestad de evaluar acciones de índole diplomático respecto a Aruba, conforme al principio de reciprocidad que implica el derecho de igualdad y mutuo respeto entre los Estados y la posibilidad de brindarse y asegurarse un trato idéntico, y demás principios que informan el Derecho Internacional.

En razón de lo antes expuesto, esta Sala declara procedente *in limine litis* la solicitud de amparo; en consecuencia, exhorta al Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con el artículo 236, numeral 4 Constitucional, a continuar las acciones tendentes a exigir a las autoridades de Aruba que procedan a la inmediata observancia y aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, demás Tratados e Instrumentos Internacionales aplicables al servicio exterior. Así se decide.

6.1.2.5.- El allanamiento de la inmunidad parlamentaria

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Plena
Nº 16, 22/04/2010

El Diputado Wilmer Azuaje ha sido señalado por la comisión de delitos en flagrancia. Es pertinente analizar, a la luz de los textos normativos vigentes, la protección o privilegio parlamentario de la inmunidad y el antejuicio de mérito, como requisitos para su enjuiciamiento.

Tanto la Constitución de 1961 como la de 1999 regulan de una manera similar el privilegio parlamentario de la inmunidad y el requerimiento del antejuicio de mérito para el enjuiciamiento de los integrantes del Poder Legislativo.

En tal sentido, el artículo 143 de la Carta de 1961 establecía el principio de la inmunidad. En esta disposición se precisaba que en caso de delito flagrante de carácter grave cometido por un senador o diputado, la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho a la Cámara respectiva o a la Comisión Delegada con una información debidamente circunstanciada. Ello, a los efectos de que el órgano legislativo autorice la detención mientras se decida sobre el allanamiento.

Por su parte, el artículo 215 ordinal segundo del mismo texto fundamental, exigía la declaratoria previa de mérito por la Corte en pleno, para el enjuiciamiento, entre otros, de los miembros del Congreso.

El Dr. Humberto J. LA ROCHE, ilustre constitucionalista y magistrado emérito de este máximo Tribunal de justicia, en su obra Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano (Maracaibo. Editorial Metas C.A. 1984) concluía con base en las disposiciones antes citadas, que en relación al privilegio de la inmunidad parlamentaria, podían presentarse dos situaciones claramente diferenciables:

La primera, es cuando el congresista ha cometido un delito flagrante de carácter grave, en cuyo caso no hay duda acerca de la ocurrencia del delito y de la cualidad del autor del mismo; y la segunda, que es cuando media una acusación o denuncia en contra de un parlamentario.

En caso de flagrancia, en criterio de LA ROCHE, el juez sumariador somete al senador o diputado a custodia domiciliaria y envía a la Cámara respectiva un informe circunstanciado acerca de los detalles y factores que han concurrido para determinar la autoría del parlamentario en el acto que se le está imputando, a los efectos de que dicha Cámara o la Comisión Delegada autorice que continúe en ese estado mientras se decide el allanamiento, requisito indispensable para el enjuiciamiento.

Es decir que como podrá deducirse, si se trata de un delito flagrante el antejuicio de mérito no es procedente, pero en cualquier caso es indispensable la autorización de la Cámara correspondiente para privar de la inmunidad a un congresista cuando este ha sido culpable de un hecho punible (Op. Cit., pág. 44).

Distinto sería si el parlamentario no es sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito ya que en tal caso sí es necesario que el máximo Tribunal examine los recaudos que enviaría el tribunal sumariador (hoy Ministerio Público) para verificar si se ha configurado un tipo delictivo y si hay indicios de culpabilidad del congresista a quien se le imputan hechos punibles. En este caso, en el cual media necesariamente una acusación o denuncia, es imprescindible el antejuicio de mérito, en cuyo caso si la Corte Suprema de Justicia decidía que había lugar a la prosecución de juicio, debía enviarse la decisión a la Cámara correspondiente para que esta autorizara mediante el allanamiento la continuación del procedimiento respectivo (Ibidem, pág.46).

El ex magistrado LA ROCHE en su obra hace referencia a varios ejemplos en materia de allanamiento en la historia constitucional venezolana. Es digno de destacar, en lo que concierne a la Carta de 1961, que se debatió jurídica y políticamente la pertinencia del allanamiento y del antejuicio de mérito para delitos de carácter militar, distintos de los comunes y los políticos. Desde 1963 y hasta 1976 se impuso la tesis (avalada por los partidos del establecimiento político y la Corte Suprema de Justicia) de que en caso de imputación a parlamentarios por delitos militares no procedía ninguna de las dos instituciones. Así, se ordenó el enjuiciamiento de los diputados del PCV y del MIR por el asalto al "Tren de El Encanto" (1963); y de Miguel Ángel Capriles, en 1968.

Esta situación cambió a propósito de la imputación de los diputados Fortunato Herrera y Salom Meza Espinoza por el secuestro de Niehous. Al respecto, el Fiscal General de la República Dr. José Ramón Medina se dirigió a la Corte Suprema de Justicia el 10 de agosto de 1976, sosteniendo que los nombrados parlamentarios gozaban del antejuicio de mérito y que estaban protegidos por la inmunidad.

En fecha 25 de agosto de 1976, este Alto Tribunal decidió la

problemática planteada, dictaminando que era indispensable el antejuicio no solo cuando se trate de delitos de derecho común sino también de delitos de tipo militar.

Pero lo más importante, a los efectos del caso que hoy ocupa a esta Sala Plena, es que la Corte excluyó del antejuicio de mérito los casos en que se incurría en delito flagrante (Ibidem, pág, 51).

Como referíamos ***supra***, no existen diferencias sustanciales entre las figuras del antejuicio de mérito y el allanamiento de la inmunidad parlamentaria entre los textos constitucionales de 1961 y 1999. Es decir, que ambas Cartas consagran la inmunidad y la necesidad del allanamiento de la misma para el enjuiciamiento de los diputados de la Asamblea Nacional (artículos 143 y 144-C.N. de 1961; 200 de la C.R.B.V.). Asimismo, tanto el artículo 215.2 -1961- como el artículo 266.3 de la de 1999 contemplan el antejuicio de mérito para los parlamentarios.

De lo expuesto debe concluirse que tanto la tesis doctrinaria expuesta como la jurisprudencia de la Corte en pleno, siguen vigentes en cuanto a la situación de la condición de delitos en flagrancia. De acuerdo a lo señalado, es imprescindible el allanamiento de la inmunidad en cualquier caso para el enjuiciamiento, por tratarse de un privilegio irrenunciable. Pero el antejuicio de mérito en tales casos no es pertinente ni necesario, pues no existe duda sobre la comisión del delito ni sobre su autoría.

Ciertamente, hay una diferencia entre ambas Constituciones en lo referente a la intervención del Tribunal Supremo de Justicia cuando se trata de delitos flagrantes.

En la Carta de 1961, dicha intervención era inexistente: una vez bajo custodia domiciliaria, la autoridad competente comunica el hecho al órgano legislativo para que autorice dicha detención mientras se decide el allanamiento (ver artículo 143). Por el contrario, en la nueva Constitución sí interviene el Tribunal Supremo de Justicia pero no para el antejuicio de mérito, sino que ahora el máximo Tribunal de la República y no la Cámara respectiva, es quien debe decidir si se mantiene la detención domiciliaria. En efecto, el artículo 22 de la Ley Orgánica del

Tribunal Supremo de Justicia pauta, en su párrafo cuarto que "*cuando uno de los funcionarios a que se refiere este artículo fuere sorprendido en la comisión flagrante de delito, la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia, y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia, quién decidirá lo que juzgue conveniente sobre la libertad del detenido*" (subrayado de esta decisión).

En conclusión, en el caso del Diputado Wilmer Azuaje, al tratarse de un delito en flagrancia, en donde no cabe duda sobre su autoría, el antejuicio de mérito no es procedente. Corresponde solamente al Tribunal Supremo de Justicia decidir "*lo que juzgue conveniente sobre la libertad del detenido*"; y remitir la causa para su procesamiento ordinario ante el tribunal de instancia competente, previo el allanamiento de la inmunidad parlamentaria.

6.2.-Validez Temporal de la Ley Penal

6.2.1.- Garantía del Principio de Irretroactividad - Seguridad Jurídica

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Constitucional
Nº 1760. Fecha: 25/09/2001

"……A**) "La garantía del principio de irretroactividad de las leyes está vinculada, en un primer plano, con la seguridad de que las normas futuras no modificarán situaciones jurídicas surgidas bajo el amparo de una norma vigente en un momento determinado, es decir, con la incolumidad de las ventajas, beneficios o situaciones concebidas bajo un régimen previo a aquél que innove respecto a un determinado supuesto o trate un caso similar de modo distinto. En un segundo plano, la irretroactividad de la ley no es más que una técnica que conforme a la cual el Derecho se afirma como instrumento de ordenación de la vida en sociedad. Por lo que, si las normas fuesen de aplicación temporal irrestricta en cuanto a los sucesos que ordenan, el Derecho, en tanto medio institucionalizado a través del cual son impuestos modelos de conducta conforme a pautas de comportamiento, perdería buena parte de su hábito formal, institucional y**

coactivo, ya que ninguna situación, decisión o estado jurídico se consolidaría. Dejaría, en definitiva, de ser un orden."

B) ".....en Venezuela la aplicación de las disposiciones legislativas, entendida como ley en sentido formal o material, de forma retroactiva está prohibida por imperativo constitucional. Sólo se admite su aplicación con tales efectos hacia el pasado en aquellos casos mencionados en la misma norma."

Continúa pues, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ilustrándonos con sus pronunciamientos, en este caso mediante Sentencia N° 2461 de fecha 28 de Noviembre de 2001 con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien expresa lo siguiente:

"El artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, similar al artículo 44 de la Constitución de 1961, establece: ....

La norma precedentemente transcrita establece, como uno de los importantes soportes de seguridad jurídica inherente al Estado de Derecho, la garantía de irretroactividad de las disposiciones legales, las cuales, en principio y como regla general, no son aplicables a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, salvo las excepciones allí previstas, a saber: (i) las leyes de procedimiento se aplicarán aun a los procesos que se hallaren en curso cuando entren en vigencia, con la limitación relativa a los procesos penales, en los cuales se estimarán las pruebas evacuadas conforme a la ley vigente para la fecha en que fueron ofrecidas, en cuanto beneficien al reo o rea (*in dubbio pro reo*); y ii) cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea (*favor libertatis*).

Con relación a la norma comentada y en referencia al específico punto de la retroactividad de las leyes en materia penal, esta Sala, en Sentencia N° 35 del 25 de Enero de 2001, estableció:

"Del principio de legalidad deriva el carácter irretroactivo de la ley y, como excepción, su retroactividad es admitida en materia penal, tanto en el orden sustantivo como adjetivo, únicamente en el caso de su mayor benignidad en relación al acusado.

La retroactividad obedece a la existencia de una sucesión

de leyes penales, que por emanar de seres humanos y estar destinadas a controlar la conducta de éstos, su validez o vigencia se encuentran sometidas a la temporalidad, por lo cual se dan casos donde la situación fáctica acaecida en un determinado momento y bajo el imperio de una ley, al tiempo de ser sometida al juzgamiento se encuentra con que ha entrado en vigencia otro texto legal que favorece más a la persona involucrada en los hechos y por ello se debe aplicar la nueva ley retrotrayendo su vigencia al momento de la comisión del delito." (Subrayado de la Corte).

6.2.2.- *Tempus Regit Actum*-Sucesión de leyes penales en el tiempo[10]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 161, Fecha: 27/02/2008

La ley penal, como toda ley, es territorial: se dicta para que tenga vigencia sobre determinado territorio y sea aplicada con motivo de hechos punibles cometidos en el mismo; asimismo, se dicta para ser aplicada a todos los ciudadanos cuyas conductas se adecuen en ella y que se encuentren bajo la esfera del poder del Estado que la dicta. Por último, la ley penal está limitada en el tiempo, tiene vigencia en un determinado lapso; sin embargo, esta afirmación no es absoluta, toda vez que la vigencia temporal de la misma hace que surjan los problemas de la extractividad de la ley penal, es decir, la posibilidad de su aplicación a hechos consumados antes de su vigencia, o bien, su aplicación hacía el futuro, prolongándose su vigencia en determinadas circunstancias y condiciones, una vez derogada.

Esta vigencia limitada en el tiempo hace que nazca el asunto relativo a la sucesión de leyes penales, el cual cobra significado en virtud de que en el Derecho Penal existe el principio de la aplicación retroactiva de la ley más favorable para el reo, o lo que es lo mismo, que la aplicación de una ley hacía el pasado, para regular una conducta delictiva que operó en el momento

10. SSC-TSJ 1.955 del 25 de julio de 2005
SSCP-TSJ 289 del 11 de junio de 2007
SSC-TSJ 1.747 del 10 de agosto de 2007

de vigencia de una ley derogada por la ley nueva que es más favorable.

La sucesión de leyes penales existe, cuando: a.- una ley nueva prevé como delito una conducta totalmente atípica en la ley anterior y le establece una pena que, asimismo, no existía; b.- una ley nueva quita el carácter de delito a una determinada conducta humana que en la ley derogada estaba tipificada como tal y c.- una ley nueva modifica el precepto legal o la sanción prevista en la ley penal anterior o las reglas generales aplicables a todos los delitos en particular. Dicha modificación puede ser en forma más beneficiosa o, por el contrario, en forma más gravosa para el reo: una ley nueva prevé como delito una conducta totalmente atípica en la ley anterior y le establece una pena que, asimismo, no existía.

En toda la problemática de la sucesión de leyes, domina el principio general de la *irretroactividad de la ley*, por el cual ésta no puede aplicarse a los hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor y se complementa con el de la *no ultractividad de la ley*, conforme al cual tampoco puede aplicarse a hechos que ocurran después de su extinción. Ambos principios se resumen en la máxima del *tempus regit actum*: los hechos se regulan por la ley vigente para el momento de su realización.

En nuestro ordenamiento penal, a pesar de que el principio de la irretroactividad de la ley tiene plena vigencia, toda vez que constituye una exigencia del principio de legalidad, el cual no permite que nadie sea juzgado sino por la ley vigente para el momento de la comisión del hecho; sin embargo, tiene sus excepciones, admitiéndose la retroactividad de la ley nueva cuando ésta sea más favorable al reo. De esta forma, el propio texto constitucional en su artículo 24 señala: *“Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena (…)”*. Por su parte, el Código Penal en su artículo 2, reza: *“Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando favorezcan al reo, aunque al publicarse hubiere ya sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo la condena”.*

Con relación al principio de la irretroactividad de la ley y las diversas posibilidades que pueden darse en materia de sucesión de leyes penales, tenemos en concreto que, en el primero de los

supuestos señalados, esto es, en el de la ley penal creadora, la misma es totalmente irretroactiva y, por tanto, no se podrá aplicar a hechos y situaciones acontecidos antes de su entrada en vigencia. Ello así, por el hecho de que la nueva ley penal es más severa, menos favorable para el individuo.

En el segundo de los supuestos, el de la ley penal abolitiva, rige el principio de la retroactividad absoluta. El Estado al dejar de considerar como delito a una conducta, está diciendo que ella no es contraria a sus supremos intereses, y por tanto resulta ilógico que una persona pueda seguir siendo enjuiciada por algo que ahora los demás ciudadanos podrán hacer sin la oposición del Estado. Se da así vigencia a la idea de que el cambio de las valoraciones no sólo opera para el futuro y para los hechos nuevos, sino también para los hechos pasados, que bajo la luz de la nueva valoración se justifican, aun cuando antes se le consideraban reprochables.

En el caso de la ley nueva que modifica -ley modificativa- el tratamiento penal de determinados hechos delictivos considerados igualmente por la ley anterior, debe distinguirse si dicha ley resulta favorable para el reo. Si la nueva ley resulta desfavorable, no puede ser aplicada y es irretroactiva; ha de acudirse a la ley vigente para el momento en que se cometió el hecho. Sí, por el contrario, la nueva ley resulta favorable al reo, tendrá ésta efectos retroactivos.

En razón de lo anterior y dado que la ley más favorable debe ser aplicada -en materia penal- con efecto retroactivo, se impone entonces precisar lo que ha de entenderse por ley penal más favorable.

En primer término, la expresión *"ley penal"* no debe en este caso interpretarse en forma restringida, sino en forma amplia, el espíritu de la ley y la lógica imponen que se entienda ley penal en sentido lato y no ley penal "*stricto sensu"*. Las normas desincriminatorias en la medida que afectan las leyes penales *"sensu stricto"*, se deben considerar leyes penales, ya que las mismas se integran al texto de norma penal.

En segundo lugar, la valoración de una disposición o ley

como más favorable para el reo no sólo implica que la modificación se verifique en la variación de la pena en cuanto a su cantidad, su cualidad o en ambas; sino también puede surgir en el precepto de la ley que describe el delito, incluso en los preceptos generales del Código Penal y algunas normas de las contenidas en la parte que se refiera a las agravantes, atenuantes, eximentes, así como también a la tentativa, la complicidad, etc. En todo caso, dicha valoración debe hacerla el juez no en abstracto, sino tomando en cuenta el caso en concreto y la especifica situación en la cual se encuentra el inculpado.

Tribunal Supremo de Justicia[11]
Sala Constitucional
Nº 794, Fecha: 27/05/2011

Asimismo, la doctrina ha señalado que "*en este caso* [resulta aplicable] *la ultractividad de la ley temporal o excepcional. Sin embargo, con razón apunta ANTOLISEI, que aquí no cabe hablar de ultractividad, ya que no se trata de aplicar la ley a los hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sino de aplicación de la ley para el momento de la comisión del delito, con lo cual no se deroga el principio tempus regis actum*" (ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ. *Derecho Penal Venezolano*. PE, Caracas, 1995, p. 75)

(…)

Siendo así, **en el caso en examen y bajo las premisas anteriormente formuladas en el presente fallo, referidas al alcance y contenido de derecho a la libertad económica y a la estabilidad y sustentabilidad del sistema económico como derechos humanos fundamentales, debe necesariamente aplicarse el principio "*tempus regit actum*" a los delitos de índole económico bancario, como el de apropiación o distracción de bienes, con base a las imposiciones que la propia Constitución (artículo 114) establece en la materia, que se materializan y ratifican en relación a la prohibición de impunidad ya señalada en la materia de derechos humanos fundamentales (artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)**.

11. SSCP-TSJ 403 del 2 de noviembre de 2004
SSC-TSJ 794 del 27 de mayo de 2011

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 161, Fecha: 27/02/2008

En toda la problemática de la sucesión de leyes, domina el principio general de la *irretroactividad de la ley*, por el cual ésta no puede aplicarse a los hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor y se complementa con el de la *no ultractividad de la ley*, conforme al cual tampoco puede aplicarse a hechos que ocurran después de su extinción. Ambos principios se resumen en la máxima del *tempus regit actum*: los hechos se regulan por la ley vigente para el momento de su realización.

6.2.3.- Derecho Penal, lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves a los derechos humanos.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 864, Fecha: 21/06/2012

Planteados así los límites de la controversia, esta Sala *"ab initio"*, estima oportuno efectuar diversas consideraciones sobre la actividad política del ciudadano Fabricio Ojeda durante el desarrollo de los movimientos populares de 1957, y la participación directa de dichos movimientos en las luchas del pueblo para el logro de sus reivindicaciones sociales.

En tal sentido, cabe señalar, que la lucha del pueblo venezolano para la consecución de su independencia y autodeterminación ocurrida a finales de 1950 y de la década de 1960, es si se quiere, uno de los acontecimientos de mayor trascendencia en la segunda mitad del siglo XX venezolano, parte de la insurgencia en América Latina después del triunfo de la Revolución Cubana y estuvo inscrita en el contexto de lo que la historia denomina como Guerra Fría, la cual surge como consecuencia directa e inmediata de la Segunda Guerra Mundial.

En el caso de Venezuela, la expresión concreta de la influencia que generaba en América Latina la pugna entre las llamadas primeras potencias mundiales, a saber: Estados Unidos y

la Unión Soviética, en el marco de la Guerra Fría, comienza a manifestarse en Puerto Rico desde el mismo momento en que Rómulo Betancourt, máximo jerarca del partido Acción Democrática, se asocia con el movimiento pro-norteamericano anticomunista y de allí parte al encuentro con los máximos líderes de los partidos: COPEI y Unión Republicana Democrática (URD), con quienes firma a finales del año 1957, el acuerdo celebrado en la ciudad de New York, comúnmente conocido como: el acuerdo del Waldorf Astoria de New York, en el que éstos dirigentes se alinearon con la Guerra Fría dentro de la estrategia internacional anticomunista norteamericana.

También, resulta pertinente destacar que, en el año de 1957, en Venezuela el tema político comienza a girar en torno al artículo 104 de la Constitución Nacional aprobada en 1953, conforme al cual:

Artículo 104. El Presidente de la República será elegido por votación universal, directa y secreta, con tres meses de anticipación, por lo menos, al 19 de abril del año en que comience período constitucional, en la fecha que determine el Congreso Nacional en sus sesiones ordinarias del año inmediatamente anterior al del comienzo del respectivo período.

Se proclamará electo Presidente de la República al ciudadano que haya obtenido mayor número de votos.

Conforme a los contenidos del citado artículo, el año de 1957, representaba el último año del período constitucional del gobierno de Marcos Pérez Jiménez. Como consecuencia de esto, en la resistencia popular, el tema de las elecciones era motivo de debate político, ya que la necesidad democrática nacional se orientaba en el sentido de que todas las organizaciones políticas y frentes sociales de la época acudieran unidas a las elecciones y, por ello, desde febrero de 1957, se suman esfuerzos para lograr un acuerdo entre las fuerzas de la oposición a Marcos Pérez Jiménez, ya que todos coincidían en que el problema electoral planteado por el referido artículo 104 de la Constitución, era una coyuntura favorable para consolidar la democracia.

En junio de ese mismo año, Fabricio Ojeda, periodista, iniciado en esa profesión desde mediados de 1948, había comenzado su vida política como militante del partido Unión Republica-

na Democrática (URD), organización política dirigida por Jóvito Villalba, y, para ese entonces, reportero del diario El Nacional, diario que le asignó la fuente del Palacio de Miraflores. Dicho ciudadano es partidario de una acción común entre los partidos; para ello, procura los primeros contactos entre URD y el Partido Comunista de Venezuela (PCV), y de cuyas resultas nace el Frente de Unidad Nacional contra la Dictadura que se bautiza con el nombre de Junta Patriótica de Venezuela en homenaje a la Sociedad Patriótica de 1810, organización que funda junto con Guillermo García Ponce, José Vicente Rangel y Amílcar Gómez, quienes con intensa actividad política en la clandestinidad, a través de los conocidos boletines de la Junta Patriótica, denunciaban la corrupción que prevalecía en el gobierno de Marcos Pérez Jiménez, y hacían llamados a la Fuerza Armada.

Esta organización: la Junta Patriótica de Venezuela, a la que se incorporan luego Silvestre Ortiz Bucarán por el partido Acción Democrática (AD) y Enrique Aristiguieta Gramcko en sustitución de Pedro del Corral, por el partido COPEI, coordina las acciones contra la dictadura de Marcos Pérez Jiménez, cuyo desenlace final se produce el 23 de enero de 1958. Fabricio Ojeda, en ese momento Presidente de la Junta Patriótica, realizó la primera alocución pública tras producirse el vacío de poder, llamando a la tranquilidad patriótica: (…) *"Este no es el momento de la venganza"*.

No obstante, en razón de la intensificación de la lucha social y política, este panorama de auge democrático cambió a partir de octubre de 1958, fecha en la cual, concretamente, el 31 de octubre, tuvo lugar la suscripción, por parte de los tres representantes de los principales partidos políticos del momento: Rómulo Betancourt por AD, Rafael Caldera, por COPEI y Jóvito Villalba, por URD, con exclusión de los representantes del PCV, del llamado *"Pacto de Punto Fijo"*, documento político que, producto de las reuniones preliminares celebradas en el extranjero y con injerencia directa del gobierno norteamericano, hace prescindencia de la vigencia de la Constitución de 1953, sustituyéndola, de hecho, e imponiendo aseveraciones como la siguiente: (…) *"se declara el cumplimiento de un deber patriótico la resistencia permanente contra cualquier situación de fuerza que pudiese surgir de un hecho subversivo y su colaboración con ella también como delito de lesa patria"*.

Luego, en las elecciones de diciembre de 1958, resulta ganador Rómulo Betancourt y también es electo diputado al Congreso Nacional por el partido URD: Fabricio Ojeda. De esta forma, Rómulo Betancourt asumió la presidencia el 13 de febrero de 1959, formó gobierno con URD y COPEI, partidos estos que junto con AD e independientes, ocuparon diversos ministerios en el gabinete y cargos en los Poderes Legislativo y Judicial y en las gobernaciones de los estados, todo esto como consecuencia de lo acordado en el *"Pacto de Punto Fijo"*. Así, al momento de su juramentación como presidente de la República, expresamente señaló que: (…) *"En el transcurso de mi campaña fui muy explicito en el sentido de que no consultaría al Partido Comunista para la integración del gobierno (…) la filosofía política comunista no se compagina con la estructura democrática del Estado Venezolano"*, lo cual refleja el sentido anticomunista del recién electo presidente.

De la misma manera, cabe señalar que, con posterioridad a la firma del Pacto de Punto de Punto Fijo, se suscitaron ciertos hechos que gestaron las condiciones para el retiro de URD del gobierno, lo cual ocasionó: i) la ruptura de dicha unión; ii) la división de AD en una tendencia política de izquierda: el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), y una conservadora que mantuvo el nombre y los símbolos del partido originario; iii) el comienzo de la represión del gobierno de Rómulo Betancourt en 1960, con el asesinato de trabajadores, estudiantes y desempleados; iv) cierre de universidades y allanamientos y desapariciones forzadas de personas, y; v) la retirada del canciller Ignacio Luis Arcaya, de la VII Conferencia de la Organización de Estados Americanos (OEA), por no estar de acuerdo con las sanciones impuestas a Cuba por dicha organización. En fin, tuvo lugar una continuidad de la represión representada en actuaciones propias de un terrorismo de Estado.

En 1962, luego de las rebeliones cívico militares, tales como: el Carupanazo y el Porteñazo, surgen las primeras guerrillas organizadas en Venezuela en el siglo XX, movimientos sociales y populares representados por partidos políticos y demás líderes de izquierda, a quienes les fue negada su participación política, toda vez que el Pacto de Punto Fijo, firmado inicialmente en New York y luego en Caracas, fijó las pautas de la persecución contra los movimientos de izquierda.

En virtud de lo señalado, el 30 de junio de 1962, Fabricio Ojeda, renuncia a la diputación al Congreso de la República y se unió al movimiento guerrillero, sobre la base de su pensamiento revolucionario manifestado en su carta de renuncia, en la cual textualmente expresó, lo siguiente:

(…) en el primer aniversario de la suspensión de las garantías constitucionales, un grupo de estudiantes de la Universidad Central y yo, hicimos una promesa de extraordinaria significación (…) juramos que el sacrificio de nuestros mártires no sería en vano (…).Con este objetivo, redimir al pueblo haciendo honor al sacrificio de sus mártires, hemos trabajado sin descanso, hemos luchado sin cesar (…). Es por ello, colegas Diputados, que vengo ante ustedes a expresar la decisión de dejar el parlamento -este recinto que pisé por voluntad del glorioso pueblo caraqueño, hoy oprimido y humillado-, para subir a las montañas e incorporarme a los compañeros que ya han iniciado el combate y con ellos continuar la lucha revolucionaria para la liberación de Venezuela, para el bienestar futuro del pueblo, para la redención de los humildes.

Estoy consciente de lo que esta decisión implica, de los riesgos, peligros y sacrificios que ella conlleva; pero no otro puede ser el camino de un revolucionario verdadero (…) Venezuela, en fin, necesita un cambio profundo para que los derechos democráticos del pueblo no sean letra muerta en el texto de la leyes; para que la libertad exista y la justicia impere (…). (…)Consecuencia de esta firme convicción, resultado de ese análisis es la decisión que he tomado de combatir con las armas en la mano, como lo hace el pueblo cuando quiere conquistar la libertad, y buscar en la acción revolucionaria la solución de nuestros grandes problemas, y lograr para el pueblo una vida nueva, distinta a la precaria existencia que ha llevado durante siglo y medio de República injusta (…).

De esta manera, Fabricio Ojeda, consecuente con su posición política y sus ideales revolucionarios, no solo llama a sus compatriotas a incorporarse a esa lucha, sino que va más allá, producto de su persecución política, participa de manera activa y directa en el movimiento popular y guerrillero, circunstancia por la cual, en virtud de las órdenes dictadas por las autoridades de la época, es detenido el 12 de octubre de 1962, en la carre-

tera que conduce de Acarigua a Guanare, Estado Portuguesa, y entregado al Comando de la Tercera División del Ejército con sede en Barquisimeto, Estado Lara, de donde, posteriormente, es trasladado a Caracas y sometido a juicio militar junto con otros conciudadanos, siendo condenado por el Consejo de Guerra Permanente de Caracas a dieciocho (18) años de presidio por los delitos de sedición y rebelión armada, condenatoria que es confirmada por la Corte Marcial y la Corte Suprema de Justicia, de ese entonces.

Efecto de la condenatoria en cuestión, su reclusión tuvo lugar en el Cuartel San Carlos y posteriormente en la Cárcel Nacional de Trujillo, de donde se fugó y se incorporó de nuevo a las guerrillas en el Estado Portuguesa, circunstancia que aprovecha para fundar las Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (FALN), producto de la agrupación de varios movimientos revolucionarios, entre ellos: el Movimiento 2 de Junio, la Unión Cívico Militar y el Comando Nacional de Guerrilla.

Sin embargo, resulta pertinente hacer notar que, con independencia a las exigencias que resultaban de la lucha popular desarrollada por la guerrilla que el ciudadano Fabricio Ojeda representaba, siempre demostró un apego a la vida que, incluso, se revela al consolidar una unión sentimental mediante matrimonio efectuado en las montañas ante un tribunal revolucionario con la señora Anajantzi Jiménez Arráiz Febres Cordero, tal y como se detalla del testimonio dado por esta ciudadana al diario El Mundo, en la entrevista publicada el 24 de junio de 1966 y titulada como: “20 hombres con metralletas habían participado en la captura de Fabricio Ojeda”.

En 1966, paralelo a la pública y notoria política represiva que continuaba manteniendo el gobierno de Raúl Leoni, Fabricio Ojeda abandona las montañas para hacer frente a la discusión política sobre el destino que debía seguir el movimiento democrático revolucionario, en razón de las profundas diferencias surgidas en su seno, pero, es capturado, por una comisión del Servicio de Inteligencia Militar (SIFA) el 17 de junio de 1966, en la Guaira, junto con los ciudadanos Mario Matute Bravo, Tulio Dugarte Bravo y una joven quien posteriormente quedó identificada como Ana Jiménez Febres.

La manera como se llevó a cabo la detención, es reseñada en el diario La Verdad, en su edición del día 22 de junio de 1966 (Cfr. Historia Gráfica de Venezuela. Tomo XII. El Gobierno de Raúl Leoni. Segunda Parte. Páginas: 43 y 44. Centro Editor. Caracas, 2007), en la cual textualmente señaló:

Fabricio había llegado a la residencia el mismo día viernes en la noche acompañado de Dugarte Bravo, quien mantenía amistad con el guerrillero desde varios meses atrás. La joven Jiménez Febres también había sido llevada a la residencia por el propio Dugarte Bravo el día jueves. Al parecer, el propio Matute Bravo ignoraba la reunión. Al momento de practicarse la detención el grupo de invitados se sorprendió, sobre todo porque se efectuaron algunos disparos al aire lo que determinó confusión en los dos empleados de servicio de la casa, que también fueron detenidos. Posteriormente el SIFA consideró que estas dos personas debían ser puestas en libertad por no tener ninguna vinculación con el hecho.

De esta forma fueron trasladados todos esa misma madrugada a las oficinas del SIFA donde fueron sometidos a interrogatorios. Al principio se dispuso la reclusión de Matute Bravo, Dugarte Bravo y Fabricio Ojeda en la prisión donde apareció muerto el ex Comandante Guerrillero.

En cuanto a la joven Jiménez Febres se ordenó que fuera detenida en un apartamento del mismo cuarto piso (...).

El 21 de junio de 1966, aproximadamente a las ocho y quince minutos de la mañana, es localizado el cadáver de Fabricio Ojeda, en la habitación n.°: 405, ubicada en el cuarto (4) piso del edificio del Cuartel de la Guardia Presidencial, sede del Servicio de Inteligencia Militar (SIFA), organismo administrativo de inteligencia de la época, eminentemente castrense, cuya jurisdicción no podía exceder ese límite y sus actuaciones estaban fuera del control de la justicia penal ordinaria, al estar protegidas por el fuero militar. Al día siguiente, toda la prensa escrita refirió su muerte como un suicidio ya que fue hallado muerto con un cordón de nylon atado al cuello.

Para la Sala, la memoria histórica reseñada reviste particular relevancia para la comprensión de la averiguación sumaria que,

en su oportunidad, desde el 21 de junio de 1966, el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Penal de la entonces Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, instruyó con ocasión de la muerte del ciudadano Fabricio Ojeda, y la cual declaró terminada por considerar que: (…) *El conjunto de informaciones recogidas durante esta averiguación (…) permite a este tribunal formarse la convicción fundada de que la presente ahorcadura es el resultado del suicidio (…) en consecuencia, la muerte causada directamente por FABRICIO RAMÓN OJEDA sobre su propia persona no es punible” (…)*

Sin embargo, para esta Sala, dicha afirmación del juzgado instructor, esto es: (…) *“que la presente ahorcadura es el resultado del suicidio (…)*, y, en consecuencia, que el ciudadano Fabricio Ojeda se causó directamente su muerte, no resulta del todo ajustada a la verdad, por cuanto, del estudio de las actas del expediente, se evidencia que en el resultado de la experticia mecánica, diseños, hematológica y determinación de semen y de comparación a las muestras recabadas en el sitio del suceso, tales como: un trozo de cordel de color blanco, una hojilla de afeitar marca gillette y una sábana de color blanco, los peritos designados para practicarla concluyeron señalando, entre otras afirmaciones, lo siguiente: (…) “*estas escoriaciones sanguinolentas no se producen en un muerto <u>en quien se intenta aparecer</u> un suicidio por ahorcamiento*” (Cfr. Folios 176 al 187 del anexo 1 del expediente) [Subrayado de esta Sala] .

En efecto, esta Sala, del estudio de las actas que conforman la referida averiguación, observa lo siguiente:

1.- Que, el señalado juzgado instructor, no practicó diligencia sumarial alguna en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar relativas a la detención del prenombrado ciudadano. Ello así, por cuanto, no consta en las actas del expediente, cuya copia certificada fue consignada por los representantes del Ministerio Público solicitantes de la revisión, cómo, cuándo y dónde se produjo su detención, ni la persona o autoridad que la practicó, menos aún quién o quiénes, aparte de los ciudadanos Mario Matute Bravo y Tulio Dugarte Bravo, resultaron detenidos en el procedimiento, tan es así, que

no cursa en autos el testimonio de la ciudadana Ana Jiménez Febres, también conocida como Anajantzi Jiménez Arráiz Febres Cordero, aprehendida igualmente en dicho procedimiento y recluida en la sede del Servicio de Inteligencia Militar, de donde fue posteriormente trasladada al Cuartel San Carlos, tal y como lo reseñara la prensa del momento.

2.- Que, de igual modo, no realizó a los prenombrados ciudadanos: Dugarte Bravo y Matute Bravo, interrogatorio alguno al respecto, tan solo se limitó a inquirirles sobre el estado de salud de Fabricio Ojeda y el trato que habían recibido por parte del personal del Servicio de Inteligencia Militar (SIFA).

3.- Que, no consta actuación sumarial ninguna relativa al trabajo que realizó la Comisión Especial de Política Interior designada por el entonces Congreso Nacional para investigar la muerte del ciudadano Fabricio Ojeda, integrada por los para ese momento diputados: Luis La Corte, José Vicente Rangel, Ramón Tenorio Sifontes y Rangel Quintero Castañeda, quienes tuvieron una participación activa en dicha investigación, inclusive desde el mismo momento en el cual sucedieron los hechos al hacerse presentes en las instalaciones del Cuartel de la Guardia Presidencial, concretamente: en la habitación donde fue localizado el cadáver de Fabricio Ojeda, sino además, que tampoco consta el informe que presentó la referida comisión.

De esta manera, como consecuencia de la vida pública del ciudadano Fabricio Ojeda y de su intensa actividad política, intelectual, periodística y revolucionaria, así como por el escaso tiempo que duró la investigación; a saber: dos (2) meses y cinco (5) días, que, en su oportunidad, se llevó a cabo por parte de los funcionarios a cargo de la misma, vale decir: el Cuerpo Técnico de Policía Judicial y el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Penal de la entonces Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, designado instructor especial del caso, es la razón por la cual, para esta Sala surgen serias dudas sobre la referida investigación, toda vez que existen fundados elementos de convicción que no se trajeron a los autos, los cuales, en su conjunto, no solo podrían desvirtuar la afirmación de que el ciudadano Fabricio Ojeda, se suicidó, sino que, por el contrario,

demostrarían que su muerte fue ejecutada por funcionarios del Estado Venezolano, bajo lo que se conoce como la figura de asesinatos encubiertos.

En este orden de ideas, es deber de esta Sala puntualizar ciertos aspectos relativos a la debida diligencia de los Estados en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos y, en tal sentido, acota:

La obligación de investigar graves violaciones a los derechos humanos, es uno de los deberes elementales del Estado para garantizar la tutela de los derechos fundamentales, por cuanto la investigación judicial permite esclarecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos que generan responsabilidad estatal, constituyendo un paso necesario para el conocimiento de la verdad por parte de los familiares de las víctimas y la sociedad, así como el castigo de los responsables y el establecimiento de medidas que prevengan la repetición de las violaciones a los derechos humanos.

Por otra parte, además de la obligación inderogable de respetar el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, desarrolladas tanto por el derecho internacional de los derechos humanos como por el derecho internacional humanitario, la investigación judicial efectiva de conductas lesivas de dichos derechos está concebida para tener un efecto protector, instructivo y disuasivo. Esta obligación ha sido ampliamente reconocida tanto en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el de otros tratados internacionales de protección de dichos derechos, y en la doctrina y jurisprudencia que han desarrollado los órganos encargados de su supervisión, los cuales de manera reiterada han establecido que es un deber estatal investigar con toda seriedad, valiéndose para ello de los medios que tengan a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación.

Asimismo, esta obligación adquiere especial relevancia en casos de graves violaciones a derechos humanos como lo son: las ejecuciones extrajudiciales, los asesinatos encubiertos, la des-

aparición forzada o la tortura, razón por la cual, de igual modo, los organismos internacionales competentes en la materia también han manifestado que:

La investigación de la violación de determinado derecho sustantivo puede ser un medio para amparar, proteger o garantizar ese derecho. La obligación de investigar *"adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados"*, incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de *ius cogens.* En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida.

Se considera que en esos casos la impunidad no será erradicada sin la determinación de las responsabilidades generales del Estado e individuales penales y de otra índole de sus agentes o de particulares, complementarias entre sí Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún si existe un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados se hallan obligados a realizar una investigación con las características señaladas, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. El incumplimiento genera, en tales supuestos, responsabilidad internacional del Estado (Vid., sentencia n.°: 194, de fecha 28 de enero de 2009, CIJ).

Pese a dicha obligación, y aun cuando en la mayor parte del continente americano predominan los gobiernos elegidos democráticamente, sin embargo, persiste la práctica de graves violaciones a derechos humanos por parte de agentes estatales, el uso indiscriminado o excesivo de la fuerza en defensa de la seguridad ciudadana y en la lucha contra el terrorismo, la infiltración y utilización de las estructuras estatales por parte del crimen organizado, entre otras, unido a aparatos institucionales incapaces de hacer frente a esta problemática, lo que mantiene vigente la preocupación por garantizar investigaciones adecuadas que puedan conducir al establecimiento de responsabilidades y sanciones.

Así, en términos generales, la investigación apropiada de graves violaciones de derechos humanos resulta un componente clave para la obtención de justicia, y con ello, el fortalecimiento y consolidación de un verdadero Estado de Derecho, entendido como aquel que, de manera efectiva e incondicionada, salvaguarda los derechos fundamentales de la persona humana. Adicionalmente, la obligación de investigar en forma diligente graves violaciones de derechos humanos requiere de prácticas, políticas públicas, instituciones y acciones destinadas a proteger la integridad y la vida de los ciudadanos.

De esta manera, la realización de una investigación efectiva es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como lo son, en el presente caso: los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida. Esta apreciación es legítima cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular sobre el derecho a la vida y la obligación de investigar, ha expresado que: (...) "*cualquier carencia o defecto en la investigación que perjudique la eficacia para establecer la causa de la muerte o identificar a los responsables materiales o intelectuales, implicará que no se cumpla con la obligación de proteger el derecho a la vida*" (Vid. Sentencia n.°: 147, del 06 de abril de 2006, caso: *Baldeón García vs. Perú*).

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que garantiza la investigación y sanción de delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades, así como, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, uno de los deberes primarios de los Estados Parte es el de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos humanos allí contemplados mediante la adopción de las medidas legislativas o de cualquier otro carácter que fueran necesarias para ello, por lo cual, este deber incluye la expedición de normas y el de-

sarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías allí previstas.

De igual modo, cabe señalar que el efecto reparatorio que debe tener la investigación estatal en los casos de violaciones graves de los derechos humanos se encuentra íntimamente vinculado con la determinación de la verdad, la cual no sólo tiene una dimensión individual, destinada a la reparación de los derechos de la víctima y sus familiares, sino también colectiva, en la medida en que una sociedad democrática tiene derecho a conocer la verdad sobre dichos casos, siendo ello una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales investigativos y sus correspondientes responsabilidades.

Asimismo, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuirían a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad.

En este contexto, el Estado Venezolano en el marco de los compromisos internacionales asumidos como Estado parte de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, tal y como, esta Sala lo señaló en la sentencia n.°: 1674, de fecha 09 de noviembre de 2011, caso: *Juan Carlos Tabares y otros*: (...) *"selló historia al sancionar la Asamblea Nacional el 18 de octubre de 2011, la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Periodo 1958-1998"*

Dentro de las disposiciones normativas contenidas en la referida ley, hoy promulgada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.°: 39.808, de fecha 25 de noviembre de 2011, cabe destacar, en primer término, el artículo 1, que consagra el objeto de la misma, cuya letra es la siguiente:

Artículo 1. La presente ley tiene por objeto establecer los mecanismos para garantizar el derecho a la verdad y sancionar a los responsables de los hechos de violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, tales como homicidios, desapariciones forzadas, torturas, violaciones, lesiones físicas, psíquicas y morales, privaciones arbitrarias de libertad, desplazamiento forzados de personas, expulsiones, deportaciones o exilios arbitrarios, violaciones de domicilio, hostigamientos, incomunicaciones, aislamientos, difamaciones e injuria, perjuicio patrimonial, represiones masivas urbanas y rurales, simulación de hechos punibles o procedimientos administrativos fraudulentos, que como consecuencia de la aplicación de políticas de terrorismo de Estado, fueron ejecutados por motivos políticos contra militantes revolucionarios y revolucionarias, luchadores y luchadoras populares víctimas de la represión, quienes perseguían el rescate de la democracia y el socialismo, así como la memoria histórica de tales hechos y reivindicación moral, social y política al honor y a la dignidad de las víctimas de la represión que se generó, por parte del Estado Venezolano, durante el período transcurrido entre los años 1958 a 1998.

De igual modo, la ley en su texto normativo, asume expresamente que es obligación del Estado Venezolano la investigación y el castigo de los delitos contra los derechos humanos y de lesa humanidad cometidos por sus autoridades, sobre la base de la imprescriptibilidad de los mismos, excluyéndolos de cualquier beneficio procesal que pueda conllevar a su impunidad, incluso: el indulto y la amnistía, al igual que la causa de justificación sustentada en la obediencia legítima y debida (Cfr. artículo 2 de la ley).

Así, atendiendo a lo antes expuesto, esta Sala Constitucional concluye que el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Penal de la entonces Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, al no traer a los autos elementos de pruebas fundamentales para la indagación de los hechos objeto del sumario de la época, no cumplió con la debida diligencia en la investigación judicial efectiva de conductas que podían haber constituido violaciones graves de derechos humanos y, por ende, dicha falta de actividad probatoria vulneró derechos fundamentales inherentes a la persona de Fabricio Ojeda, como son: la dignidad humana y el derecho a la vida, además, de que su contenido afecta la aplicación e interpretación del orden pú-

blico constitucional.

Por estos motivos, esta Sala declara que ha lugar la solicitud de revisión formulada por los abogados Juan Carlos Tabares Hernández, Espartaco Martínez y Alba Martínez Geara, en su carácter de Fiscales Trigésimo Noveno y Cuadragésimo Noveno del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena y Octogésima Tercera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, respectivamente, y, en consecuencia, anula la decisión dictada el 26 de agosto de 1966, por el hoy suprimido Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Penal de la entonces Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en la que, de conformidad con lo establecido en el artículo 206, ordinal 2º, del Código de Enjuiciamiento Criminal, vigente para la época, declaró terminada la averiguación sumaria iniciada con ocasión de la muerte del ciudadano Fabricio Ojeda, en virtud de no revestir carácter penal los hechos objeto de la referida averiguación. Así se declara.

Finalmente, esta Sala, vista la anterior declaración, y a los fines de la continuación de la investigación correspondiente, ordena oficiar a la Jefa de la Oficina de Archivo Judicial del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, para que, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la respectiva notificación, remita a los prenombrados representantes del Ministerio Público, comisionados en el presente caso, la causa original contenida en el expediente n.º: 2561 (de la nomenclatura del suprimido Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Penal de la de la entonces Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda), la cual fue remitida para su archivo en fecha 16 de junio de 1999 para ser agregada al legajo n.°: 3243, de los Archivos Judiciales del extinto Consejo de la Judicatura. Así se declara.

6.2.4.- Sucesión de leyes penales y norma penal abolitiva

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 794, Fecha: 27/05/2011

En tal sentido, a los fines de abordar el análisis de la sucesión de leyes que se verificó respecto del tipo penal de apropiación o

distracción en el sector bancario, debe destacarse que la misma, se rige por el contenido del artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece que :

"Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea".

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 9 dispone la aplicación de la ley más benigna, al señalar que: "*nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*".

Así, no es controvertible sostener como regla general interpretativa **en el caso de sucesión de leyes, que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, ya que con posterioridad a la comisión del delito, la ley disponga la imposición de una pena más leve o de cualquier otro elemento que favorezca al procesado debe prevalecer**.

Por ello, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresa con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna, al establecer que "1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".*

6.2.5.- No ultractividad de la ley

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 794, 27/05/2011

La disposición normativa parcialmente transcrita, **plantea no sólo la solución general a casos relativos a supuestos en los cuales la ley penal tiene un determinado límite de vigencia (ley temporal) o en casos de leyes que van a regir durante una determinada emergencia (ley excepcional), sino que permite tutelar en forma general el sistema de derechos humanos, al imponer una interpretación que permita la desaplicación de la retroactividad de la norma penal más favorable y, a su vez, la aplicación de la denominada ultractividad de las normas penales en casos *excepcionales*.**
(…)

Es por ello, que en la doctrina y en el derecho comparado se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna, no rige respecto de las leyes temporales y excepcionales, ya que:

"La ratio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna se sustenta en la verificación de que es inadmisible imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera delito, o bien una pena que ha devenido desproporcionada en relación con la menor gravedad que la sociedad atribuye ahora a ese hecho. Ello presupone -sobre esto la doctrina es ticamente unánime- un cambio de valoración social respecto de la reprobación del hecho.
(…)

Precisamente por ello es que se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna no rige respecto de las leyes temporales y excepcionales ([principio de ultractividad]; cfr. STRATENWERTH, cit. § 3/13; WELZEL, cit. p. 44; ZAFFARONI, Derecho Penal, cit. p. 469). Como se sabe, las leyes temporales y las excepcionales son aquellas cuya vigencia, de antemano, se encuentra limitada a un determinado período de tiempo que está fijado expresamente en la ley o bien depende de la permanencia de ciertos factores excepcionales. Una vez que el lapso ha transcurrido o las circunstancias han desaparecido estas leyes pierden

automáticamente su vigencia. ***El sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal no se beneficia de la derogación de la ley pues ello es consecuencia de que ha desaparecido la situación de necesidad, pero permanece inalterada la reprobación del hecho cometido durante su vigencia. En estos casos, es decir, frente a la excepción al principio de retroactividad de la ley penal más benigna, se hace manifiesto el motivo, la ratio, que lo sustenta: una alteración, un cambio en la valoración social del hecho****.*
(…)

Esto mismo es lo que sucede con las reglas que abrevian los plazos de prescripción, pues éstas sólo expresan la decisión estatal de auto-limitarse, hacia el futuro, aun más en el tiempo en el ejercicio de la persecución penal, pero de ningún modo traducen un cambio en la reprobación social del hecho en cuestión, el cual, de reiterarse, seguiría siendo considerado delito y pasible de la misma sanción"(Cfr. Revista N° 3 del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, en la página web consultada 12 de mayo de 2011, http://www.cmfbsas.org.ar/revista.php?id=10).

Asimismo, la doctrina ha señalado que "*en este caso* [resulta aplicable] *la ultractividad de la ley temporal o excepcional. Sin embargo, con razón apunta ANTOLISEI, que aquí no cabe hablar de ultractividad, ya que no se trata de aplicar la ley a los hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sino de aplicación de la ley para el momento de la comisión del delito, con lo cual no se deroga el principio tempus regis actum*" (ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ. *Derecho Penal Venezolano*. PE, Caracas, 1995, p. 75)
(…)

En consonancia con lo dicho, al margen de los supuestos de leyes excepcionales y temporales, también resulta aplicable al presente caso, el principio de ultractividad ya mencionado, en la medida que el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (Gaceta Oficial N° 5.892, del 31 de julio de 2008) **contempla la norma más favorable -y por lo demás vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito penal-, en relación con el tipo penal de apropiación o distracción contenido en el artículo 216 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de**

Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (Cfr. Gaceta Oficial Nº 39.627 del 02 de marzo de 2011, que establece una pena de 10 a 15 años de prisión), **dada la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario** (Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010). En tal sentido, **debe destacarse que la pena por la comisión del referido delito de apropiación o distracción es de ocho a diez años de prisión, desde la referida Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras** (**2008**), **hasta la Ley de Reforma Parcial de La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras** (Gaceta Oficial N° 39.491 del 19 de agosto de **2010**).
(…)

De ello resulta pues, que como consecuencia de la desaplicación del artículo 213 *eiusdem*, se entiende aplicable de acuerdo a la fecha de comisión del hecho punible y con fundamento en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la norma que contenga el tipo penal al cual se adecue el hecho jurídicamente reprochable, vigente para el momento de la comisión del delito. Siendo así, en el caso que ocupa a esta Sala, se aplicará la contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicado en la Gaceta Oficial N° 5.892, del 31 de julio de 2008, que señala: *"Apropiación o Distracción de Recursos Artículo 432. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero, los recursos del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años"*; **y en el resto de los supuestos -**actuaciones**-, la aplicable al momento de la comisión del delito, atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal** -por ser la más favorable en base al principio de ultractividad-**; que comporta que la ley vigente al momento de ocurrir el hecho, es la que se aplicará para resolver el caso en concreto**.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 161, Fecha: 27/02/2008

En toda la problemática de la sucesión de leyes, domina el principio general de la irretroactividad de la ley, por el cual ésta no puede aplicarse a los hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor y se complementa con el de la no ultractividad de la ley, conforme al cual tampoco puede aplicarse a hechos que ocurran después de su extinción. Ambos principios se resumen en la máxima del tempus regit actum: los hechos se regulan por la ley vigente para el momento de su realización.

6.2.6.- Ley más favorable

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 161, Fecha: 27/02/2008

Con relación al principio de la irretroactividad de la ley y las diversas posibilidades que pueden darse en materia de sucesión de leyes penales, tenemos en concreto que, en el primero de los supuestos señalados, esto es, en el de la ley penal creadora, la misma es totalmente irretroactiva y, por tanto, no se podrá aplicar a hechos y situaciones acontecidos antes de su entrada en vigencia. Ello así, por el hecho de que la nueva ley penal es más severa, menos favorable para el individuo.

En el segundo de los supuestos, el de la ley penal abolitiva, rige el principio de la retroactividad absoluta. El Estado al dejar de considerar como delito a una conducta, está diciendo que ella no es contraria a sus supremos intereses, y por tanto resulta ilógico que una persona pueda seguir siendo enjuiciada por algo que ahora los demás ciudadanos podrán hacer sin la oposición del Estado. Se da así vigencia a la idea de que el cambio de las valoraciones no sólo opera para el futuro y para los hechos nuevos, sino también para los hechos pasados, que bajo la luz de la nueva valoración se justifican, aun cuando antes se le consideraban reprochables.

En el caso de la ley nueva que modifica -ley modificativa- el

tratamiento penal de determinados hechos delictivos considerados igualmente por la ley anterior, debe distinguirse si dicha ley resulta favorable para el reo. Si la nueva ley resulta desfavorable, no puede ser aplicada y es irretroactiva; ha de acudirse a la ley vigente para el momento en que se cometió el hecho. Sí, por el contrario, la nueva ley resulta favorable al reo, tendrá ésta efectos retroactivos.

En razón de lo anterior y dado que la ley más favorable debe ser aplicada -en materia penal- con efecto retroactivo, se impone entonces precisar lo que ha de entenderse por ley penal más favorable.

En primer término, la expresión *"ley penal"* no debe en este caso interpretarse en forma restringida, sino en forma amplia, el espíritu de la ley y la lógica imponen que se entienda ley penal en sentido lato y no ley penal "*stricto sensu"*. Las normas desincriminatorias en la medida que afectan las leyes penales *"sensu stricto",* se deben considerar leyes penales, ya que las mismas se integran al texto de norma penal.

En segundo lugar, la valoración de una disposición o ley como más favorable para el reo no sólo implica que la modificación se verifique en la variación de la pena en cuanto a su cantidad, su cualidad o en ambas; sino también puede surgir en el precepto de la ley que describe el delito, incluso en los preceptos generales del Código Penal y algunas normas de las contenidas en la parte que se refiera a las agravantes, atenuantes, eximentes, así como también a la tentativa, la complicidad, etc. En todo caso, dicha valoración debe hacerla el juez no en abstracto, sino tomando en cuenta el caso en concreto y la especifica situación en la cual se encuentra el inculpado.

6.2.7.- Leyes temporales y leyes excepcionales

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 794, Fecha: 27/05/2011

Sin embargo, **estas previsiones encuentran su límite en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone**:

"***Nada de lo dispuesto en este articulo, se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional***"*.*

La disposición normativa parcialmente transcrita, **plantea no sólo la solución general a casos relativos a supuestos en los cuales la ley penal tiene un determinado límite de vigencia (ley temporal) o en casos de leyes que van a regir durante una determinada emergencia (ley excepcional), sino que permite tutelar en forma general el sistema de derechos humanos, al imponer una interpretación que permita la desaplicación de la retroactividad de la norma penal más favorable y, a su vez, la aplicación de la denominada ultractividad de las normas penales en casos *excepcionales***.

Ello resulta particularmente patente, tanto en las leyes excepcionales como en las temporales, en las cuales si bien su vigencia pende de la desaparición de las circunstancias que la motivaron, lo cierto es que en nada influye ésta, sobre la punibilidad del delito cometido, en tanto una interpretación en contrario, en la cual se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad de la ley más benigna, comportaría respecto de estas leyes especiales, despojarlas *a priori* de toda eficacia.

Es por ello, que en la doctrina y en el derecho comparado se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna, no rige respecto de las leyes temporales y excepcionales, ya que:

"La ratio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna se sustenta en la verificación de que es inadmisible imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera delito, o bien una pena que ha devenido desproporcionada en relación con la menor gravedad que la sociedad atribuye ahora a ese hecho. Ello presupone -sobre esto la doctrina es ticamente unánime- un cambio de valoración social respecto de la reprobación del hecho.

(…)

Precisamente por ello es que se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna no rige respecto de las le-

yes temporales y excepcionales ([principio de ultractividad]; cfr. STRATENWERTH, cit. § 3/13; WELZEL, cit. p. 44; ZAFFARONI, Derecho Penal, cit. p. 469). Como se sabe, las leyes temporales y las excepcionales son aquellas cuya vigencia, de antemano, se encuentra limitada a un determinado período de tiempo que está fijado expresamente en la ley o bien depende de la permanencia de ciertos factores excepcionales. Una vez que el lapso ha transcurrido o las circunstancias han desaparecido estas leyes pierden automáticamente su vigencia. ***El sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal no se beneficia de la derogación de la ley pues ello es consecuencia de que ha desaparecido la situación de necesidad, pero permanece inalterada la reprobación del hecho cometido durante su vigencia. En estos casos, es decir, frente a la excepción al principio de retroactividad de la ley penal más benigna, se hace manifiesto el motivo, la ratio, que lo sustenta: una alteración, un cambio en la valoración social del hecho***.

(…)

Esto mismo es lo que sucede con las reglas que abrevian los plazos de prescripción, pues éstas sólo expresan la decisión estatal de auto-limitarse, hacia el futuro, aun más en el tiempo en el ejercicio de la persecución penal, pero de ningún modo traducen un cambio en la reprobación social del hecho en cuestión, el cual, de reiterarse, seguiría siendo considerado delito y pasible de la misma sanción"(Cfr. Revista N° 3 del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, en la página web consultada 12 de mayo de 2011, http://www.cmfbsas.org.ar/revista.php?id=10).

Asimismo, la doctrina ha señalado que "*en este caso* [resulta aplicable] *la ultractividad de la ley temporal o excepcional. Sin embargo, con razón apunta ANTOLISEI, que aquí no cabe hablar de ultractividad, ya que no se trata de aplicar la ley a los hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sino de aplicación de la ley para el momento de la comisión del delito, con lo cual no se deroga el principio tempus regis actum*" (ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ. *Derecho Penal Venezolano*. PE, Caracas, 1995, p. 75)

De acuerdo a lo antes expuesto, **es necesario concluir que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece expresamente la excepción al principio de retroactividad**

en el caso de ley más benigna, ya que se entiende que al momento de la comisión del hecho punible, tales conductas eran reprochables penalmente, pero ello como es claro, no puede afirmarse en términos generales a todas las conductas delictuales, ya que se negaría el principio constitucional de aplicación de la ley más favorable al reo. (...)

En consonancia con lo dicho, al margen de los supuestos de leyes excepcionales y temporales, también resulta aplicable al presente caso, el principio de ultractividad ya mencionado, en la medida que el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (Gaceta Oficial N° 5.892, del 31 de julio de 2008) **contempla la norma más favorable -y por lo demás vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito penal-, en relación con el tipo penal de apropiación o distracción contenido en el artículo 216 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario** (Cfr. Gaceta Oficial Nº 39.627 del 02 de marzo de 2011, que establece una pena de 10 a 15 años de prisión), **dada la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario** (Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010). En tal sentido, **debe destacarse que la pena por la comisión del referido delito de apropiación o distracción es de ocho a diez años de prisión, desde la referida Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras** (**2008**), **hasta la Ley de Reforma Parcial de La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras** (Gaceta Oficial N° 39.491 del 19 de agosto de **2010**).

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1674, Fecha: 09/11/2011

Planteados así los límites de la controversia, esta Sala considera oportuno asentar lo siguiente:

La desaparición forzada de personas constituye una de las más graves violaciones de los derechos humanos. En Latinoamérica, como práctica sistemática y generalizada, sur-

gió en la década de los años sesenta y tuvo como característica principal la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte de sus raptores. El comienzo de la práctica tuvo lugar en Guatemala en 1962 y, en las décadas siguientes, el método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.

Por ello, a partir de 1970, surgió la preocupación en la comunidad internacional por tipificar la desaparición forzada de personas en instrumentos internacionales como una forma de conscientizar a los Estados de la gravedad de su práctica, así como de impedir su desarrollo, en razón de lo cual, la adopción de la *Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* materializó dicha preocupación.

Este instrumento internacional de carácter no convencional fue aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución n.º: 47/133, del 18 de diciembre de 1992 y adoptado el 20 de diciembre de 2006, en la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, la cual fue suscrita por Venezuela, mas no ratificada en virtud de la reserva hecha en relación a los contenidos del artículo 42, parágrafo 2, referido al arbitraje de la controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a su interpretación o aplicación, así como la posibilidad que plantea este instrumento de que sea la Corte Internacional de Justicia la encargada de resolverlos.

De esta forma, en el referido instrumento se dice que existe desaparición forzada cuando:

(…) se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

Por su parte, la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, adoptada en la ciudad de *Belem do Pará*, en Brasil, el 09 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, suscrita y ratificada por Venezuela (vid. Gaceta Oficial n.º: 5.241, Extraordinario, del 06 de julio de 1998) constituye un instrumento jurídico propio de los Estados miembros de dicha organización que contribuye a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el hemisferio y proporciona un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el Estado de derecho.

La Convención en su artículo II, define la desaparición forzada de personas en los términos siguientes:

La privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuese su forma, cometida por agentes del estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Asimismo, el compromiso asumido por los Estados que suscribieron dicha Convención Internacional se estableció en el artículo I, el cual a la letra señala lo siguiente:

Artículo I. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a: a) no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

No obstante, la Convención no dejó clara las medidas ni la forma en que dicho compromiso se debía llevar a cabo. Lo que si surgió para los Estados partes era la obligación de prepararse

para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas, y eso solo era posible en cuanto tomaran las medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole, necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la Convención.

Por otra parte, luego de la entrada en vigencia de la Convención, la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido la necesidad de que se tipifique como delito autónomo la desaparición forzada de personas, por cuanto, no basta invocar para el castigo de esta conducta a delitos como el secuestro, la tortura o el homicidio, por cuanto la desaparición forzada de personas constituye:

(…) un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos (Vid. sentencia del 22 de noviembre de 2005, caso: *Gómez Palomino vs Perú*).

De esta manera, y en virtud de que el Estado venezolano suscribió y ratificó la señalada Convención, en el texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuelal de 1999, se incorporó la disposición constitucional contenida en el artículo 45, la cual prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías: practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. Asimismo, dispone ese precepto constitucional que los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas serán castigados de conformidad con la ley.

De allí, es por lo que en la reforma del Código Penal (Vid. Gaceta Oficial n.º: 5.494, Extraordinario, del 20 de octubre de 2000), se incluyera el tipo penal de desaparición forzada de personas, el cual se mantuvo en la última reforma de dicho código sustantivo de fecha 13 de abril de 2005, en los términos siguientes:

Artículo 181-A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio de Estado que ilegítimamente prive su

libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o miembros colaboradores de tales grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzadamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de ese delito será sancionado con pena de doce años a dieciocho años de presidio.
El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

La acción penal derivada de este delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluido el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyen desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes.

Igualmente, esta Sala estima oportuno señalar que en el marco del compromiso asumido en la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, el Estado Venezolano no solo incluyó el tipo penal de la desaparición forzada de personas en el texto penal sustantivo, sino también selló historia al sancionar la Asamblea Nacional el 18 de octubre de 2011, la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Periodo 1958-1998, la cual tiene por objeto establecer los mecanismos para garantizar el derecho a la verdad y sancionar a los responsables de los hechos de violaciones de derechos

humanos y delitos de lesa humanidad, tales como homicidios, desapariciones forzadas, torturas, violaciones, lesiones físicas, psíquicas y morales, privaciones arbitrarias de libertad, desplazamientos forzados de personas, expulsiones, deportaciones o exilios arbitrarios, etc, que como consecuencia de la aplicación de políticas de terrorismo de Estado fueron ejecutados por motivos políticos durante el periodo de los años 1958 a 1998.

Ahora, respecto de la naturaleza del delito de desaparición forzada de personas, esta Sala estima oportuno reiterar la doctrina establecida en la sentencia n.º: 1747, de fecha 10 de agosto de 2007, caso: *Mónica Andrea Rodríguez Flores*, en la cual, en forma clara estableció lo siguiente:

Este delito es pluriofensivo, por cuanto atenta contra varios bienes jurídicos fundamentales, entre los cuales encontramos la libertad personal, la seguridad de las personas, la dignidad humana y pone gravemente en peligro el derecho a la vida, como se extrae literalmente del artículo 2 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas dictada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, cuando señala que todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. *"Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni otra penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro".*

Además, cabe acotar que su práctica sistemática o generalizada contra la población representa un crimen de lesa humanidad, según el contenido del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito y ratificado, igualmente, por la República de Venezuela, por lo que en ese supuesto la acción penal destinada a perseguir ese tipo de injusto no prescribe, así como tampoco puede decretarse algún beneficio que pueda conllevar su impunidad, conforme con lo señalado en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esto quiere decir que no se está en presencia de cualquier ilícito penal, sino de uno que ha causado profunda preocupación

y angustia en diversas partes del mundo, tal y como lo indica el *"preámbulo"* de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas dictada por la Organización de las Naciones Unidas, lo que exige de los Estados una actitud atenta para evitar la impunidad en este tipo de delitos (Cursivas del fallo y subrayado de esta Sala).

Por otra parte, en cuanto a la conceptualización que el citado artículo 181-A hace en el sentido de que el delito de desaparición forzada de personas *"se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima"*, esta Sala considera oportuno acotar lo siguiente:

Tanto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como diversas normas internacionales, consideran que la desaparición forzada de personas comporta una *"violación múltiple y continuada"* de varios derechos reconocidos por la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (Vid. sentencia del 29 de julio de 1988, caso: *Velásquez Rodríguez vs Honduras*) y, si bien, tanto la referida Corte como la Convención (cfr: artículo III) emplean la frase *"delito continuado"*, el vocablo correcto que se debe utilizar es el de *"delito permanente*", ya que en el derecho penal, el delito continuado representa una forma de tratar auténticos casos de concurso real de delitos en beneficio del reo.

Así lo reconoció esta Sala en la citada sentencia n.º: 1747, de fecha 10 de agosto de 2007, cuando señaló expresamente lo siguiente:

Así, de acuerdo a la doctrina penal, los delitos de conducta permanente *"son aquellos tipos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se le ponga fin por propia determinación del agente, como resultado de maniobra de la víctima o en razón de las circunstancias ajenas a los protagonistas de la acción"* (Reyes Echandía, Alfonso. "*Tipicidad"*. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 1999. Página 140)".

El delito permanente *"supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (…); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito*

se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica" (Mir Puig, Santiago. *"Derecho Penal. Parte General".* Editorial PPU. Barcelona, España. 1990. página 216).

Entre los delitos de conducta permanente tenemos al secuestro, el rapto y la desaparición forzada de personas, entre otros, toda vez que en todos ellos el proceso consumativo se mantiene durante el tiempo en que el sujeto pasivo permanezca privado de su libertad. Distinto ocurre en los delitos continuados, ya que estos últimos existen, como lo señala la Sala de Casación Penal, cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito. Ejemplo de estos últimos sería la estafa cometida por una persona a varias personas, en distintas oportunidades, pero con el mismo acto de ejecución o *"modus operandi"*.

La desaparición forzada de personas, por tanto, es un delito permanente como lo señala el artículo 17 de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, toda vez que su consumación perdura en el tiempo hasta tanto el sujeto activo desee que ello culmine, o bien, por circunstancias ajenas a su voluntad (Cursivas del fallo).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 18 de agosto de 2008, caso: *Heliodoro Pulgar vs Panamá*, expresó que:

(...) a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente. Lo anterior permite que la Corte pueda pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aun si esta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha. En dicho supuesto, el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre la desaparición forzada hasta tanto dicha violación hubiera continuado.

A este tenor, la permanencia viene definida en razón de

que la desaparición forzada se cimienta en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo solo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima.

Ahora, en este contexto, los problemas del delito de desaparición forzada de personas se presentan con relación a la vigencia del principio de legalidad, especialmente con la garantía de la irretroactividad de la ley penal, por cuanto, según este principio, y de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (cfr: artículo 24), ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena, en razón de lo cual, las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso, salvo en los procesos penales en lo referido a las pruebas ya evacuadas, las cuales se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Así, atendiendo la disposición constitucional en comento, las normas penales rigen a partir del día siguiente de su entrada en vigencia, esto es: no se aplican a sucesos, actos u omisiones ocurridos con anterioridad a la eficacia de dicha norma, salvo que, la norma posterior sea más favorable al procesado o al condenado (artículo 6 del Código Penal).

Por su parte, el artículo 49, numeral 6, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no estuvieren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes, en virtud de lo cual, de dicha disposición constitucional, nace el principio de tipicidad penal, comprendido dentro del principio de legalidad, que delimita el poder punitivo del Estado y que ha sido configurado por la doctrina como el principio del aforismo latino: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa* (no hay crimen, no

hay pena ni medida de seguridad, sin ley previa, escrita, estricta y cierta).

Bajo esta perspectiva, surge entonces la interrogante respecto a la aplicación de la norma penal a hechos de desaparición forzada ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal de 2000, en cuya reforma se incluyó el delito de desaparición forzada de personas.

En tal sentido, cabe acotar que los citados instrumentos internacionales sobre derechos humanos (*Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* y la *Declaración de la Naciones Unidas para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*), no contemplan regulación alguna sobre este aspecto, aparte de que nuestra jurisprudencia patria ha señalado que, previamente, debe existir la tipificación de un delito para que una conducta sea castigada como tal.

Sin embargo, tanto la doctrina penal actualizada, desarrollando el principio de legalidad, como la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales, entre estos el de Perú y Colombia, han aceptado que un comportamiento (acción u omisión) que no ha sido consumado en su totalidad puede ser tipificado como delito si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible, en razón de lo cual, la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada permite que el tipo penal se aplique de manera inmediata a la situación antijurídica que se mantiene sostenida por el agente y, por ende, que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, por cuanto, tal y como lo señaló el Tribunal Constitucional de Perú en sentencia n.º: 2488 del 18 de agosto de 2002:

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Ello es así, toda vez que el delito de desaparición forzada de personas no está determinado, en esencia, por la privación de la libertad de una persona, sino por su desaparición, esto es: la negación o ausencia de información sobre el detenido o sobre su paradero. Vale decir, la desaparición perdura mientras subsista el deber de informar.

En este contexto, esta Sala, del análisis de las actas que conforman el expediente, observa que, el 07 de marzo de 1997, los ciudadanos Rosa Rojas de Soto, Pura Soto Rojas, María Teresa Cuenca de Tejero, Reina de Malaver y Tarek William Saa, actuando en su carácter de representantes del Comité de Familiares de Desaparecidos Políticos Venezolanos, mediante escrito presentado ante la Oficina Distribuidora de Expedientes Penales de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, solicitaron del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la señalada Circunscripción Judicial, al cual le correspondiera conocer por vía de distribución, lo siguiente:

(…) se sirva ordenar la apertura de una averiguación penal por vía de Noticia Criminis (sic) en razón de la publicación de una serie de reportajes aparecidos en la prensa nacional, relacionados con la revelación de un informe del Pentágono norteamericano contentivo de detalles sobre el entrenamiento (para la lucha de contrainsurgencia) de militares venezolanos -entre otras fuerzas castrenses de once países suramericanos- por parte de la Escuela de las Américas, acantonada en Panamá (…). Según dicho informe, en los cursos de entrenamiento, militares y policías aprendieron a través de unos manuales en español, numerosas prácticas violatorias a los más elementales Derechos Humanos (sic), esto con el único fin de acabar con los opositores políticos de entonces.

Es el caso, que para nosotros estas revelaciones vinieron a ser la afirmación de una evidencia que por muchos años permaneció silenciada: el destino fatal de nuestros hijos, esposos y hermanos (para la época de los años sesenta y setenta, miembros de grupos de izquierda venezolana) tiene su origen en esos entrenamientos de contrainsurgencia que devinieron en terribles acciones de aniquilamiento (…) de nuestros queridos familiares Víctor Soto Rojas, Felipe Malaver, Alejandro Tejero,

Noel Rodríguez Mata y Nicolás Montes Beltrán, desaparecidos políticos que fueron en su momento detenidos por fuerzas de seguridad del Estado Venezolano, sometidos a torturas en los denominados Teatros de Operaciones Antiguerrilleros y hasta el día de hoy desconocidos sus paraderos, lo que nos hace presumir sus muertes (…).

En tal sentido, los prenombrados representantes denunciaron que:

1.- El ciudadano Víctor Ramón Soto Rojas, fue detenido por efectivos militares adscritos a las Fuerzas Armadas de Cooperación en la población de Altagracia de Orituco, Estado Guárico, el 27 de julio de 1964, época en la cual el ciudadano Raúl Leoni se desempeñaba como Presidente de la República, y que posteriormente: (…) *"ante una denuncia hecha en la Fiscalía General (…) confirmaron que efectivamente (…) estuvo detenido en la Digepol pero que de allí fue entregado al Destacamento Militar de Cupirá, donde por expresas ordenes del Capitán Héctor Peña Peña (…) fue lanzado desde un helicóptero (…)"*.

2.- El ciudadano Felipe Rafael Malaver Moreno, también fue detenido por efectivos militares adscritos a las Fuerzas Armadas de Cooperación en una alcabala móvil ubicada entre los Estados Portuguesa y Barinas, el 12 de octubre de 1966, época en la cual el ciudadano Raúl Leoni se desempeñaba como Presidente de la República, y que: (…) *"fue trasladado el día 23 de octubre de 1966 al teatro de Operaciones Antiguerrillero Nº 3 de Urica- El Tocuyo, Estado Lara (cuyo Comando era dirigido para entonces por el Coronel Camilo Vethencourt, el Teniente Coronel Párraga Núñez y el Mayor Benigno José Aguilar)"*.

3.- El ciudadano Alejandro Tejero Cuenca, fue detenido por agentes del SIFA el 11 de mayo de 1967, igualmente en la época de la Presidencia de la República del ciudadano Raúl Leoni, y que: (…) *"siendo el 9 de julio de 1967, una nueva llamada telefónica ubica su paradero en el Teatro de Operaciones Antiguerrillero de Yumare, Estado Yaracuy (el cual era comandado para la época por los Coroneles Ramón Ignacio Palmero y Héctor Franceschi)"*.

4.- El ciudadano Noel Gregorio Rodríguez Mata, fue detenido por funcionarios adscritos a la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), el 29 de

junio de 1973, cuando el Presidente de la República era el ciudadano Rafael Caldera, y pocos días después: (...) *"es trasladado al teatro de Operaciones Antiguerrillero de Cocollar, cerca de Cumanacoa, Estado Sucre (dirigido por aquella época por el Coronel Rafael González)"*.

5. Y que, el 31 de marzo de 1980, periodo en el cual gobernaba el ciudadano Luis Herrera Campins, el ciudadano Nicolás Ezequiel Montes Beltrán se trasladó a las cercanías de la Cárcel Modelo con el fin de visitar a sus antiguos compañeros de prisión y: (...) *"a pesar de que nunca pudo realizar dicha visita, sus familiares alegan que Nicolás muere a causa a brutales torturas que le son infligidas en la sede de los Servicios de Inteligencia de las Fuerzas Armadas de Cooperación"*.

Ello así, es evidente que los hechos anteriormente descritos encuentran adecuación típica en el delito de desaparición forzada de personas, el cual por la permanencia que caracteriza la afectación de los distintos bienes jurídicos tutelados por la norma, aun perdura su consumación, por cuanto las autoridades policiales y militares del Estado Venezolano que privaron ilegítimamente de su libertad a los prenombrados ciudadanos, no solo se negaron a reconocer, en esa oportunidad, que éstos se encontraban detenidos y a dar información sobre sus destinos, sino, además, porque a la fecha continúan desaparecidos; por ende, en virtud de la imprescriptibilidad de la acción penal derivada del mismo por adecuarse dentro de los delitos considerados de lesa humanidad (cfr: artículos 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 181-A del Código Penal), dichos hechos pueden seguir siendo objeto de una investigación y los sujetos activos de la perpetración pueden ser juzgados y declarados culpables, sin que ello, obviamente, implique infracción del principio de la irretroactividad de la ley penal.

Así, atendiendo a lo antes expuesto, esta Sala Constitucional concluye que la decisión cuya revisión se solicitó infringió derechos fundamentales, como son: la libertad y seguridad personal, la dignidad humana y el derecho a la vida, además, de que su contenido afecta la aplicación e interpretación del orden público constitucional, en razón de lo cual, esta Sala declara ha lugar la solicitud de revisión formulada por los abogados Juan Carlos Tabares Hernández, Espartaco Martínez y Alba Martínez Geara,

en su carácter de Fiscales Trigésimo Noveno y Cuadragésimo Noveno del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena y Octogésima Tercera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, respectivamente, y, en consecuencia, anula la decisión dictada el 30 de noviembre de 1998, por el Juzgado Cuadragésimo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, hoy suprimido, como los demás actos procesales subsiguientes. Así se declara.

Finalmente, esta Sala, vista la anterior declaración, y a los fines de la continuación de la investigación correspondiente, ordena oficiar a la Jefa de la Oficina de Archivo Judicial del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, para que, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la respectiva notificación, remita a los prenombrados representantes del Ministerio Público, comisionados en el presente caso, la causa original contenida en el expediente n.º: 3795 (de la nomenclatura del suprimido Juzgado Cuadragésimo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas), la cual fue remitida para su archivo en fecha 01 de febrero de 1999.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1083, Fecha: 13/07/2011

En el caso de autos, se observa que la decisión cuya aclaratoria y ampliación se solicita fue dictada por esta Sala, el 27 de mayo de 2011, y la presente solicitud se presentó el 30 de mayo de 2011, fecha en la cual se dio por notificado del fallo, por lo que la misma fue interpuesta de forma tempestiva; y así se declara. Ahora bien, para decidir esta Sala observa:

La figura procesal de la aclaratoria o ampliación de sentencia, resulta aplicable al caso de autos, por remisión expresa del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con lo previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

“Artículo 252: Después de pronunciada la sentencia definitiva o la

interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.

Sin embargo, el tribunal podrá, a solicitud de parte, aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de los tres días, después de dictada la sentencia, con tal que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente”.

Sobre el alcance de la disposición normativa citada, esta Sala señaló, en la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2000, caso: *Asociación Cooperativa Mixta La Salvación, S.R.L.*, “*…que el transcrito artículo 252, fundamento legal de la solicitud de aclaratoria, regula todo lo concerniente a las posibles modificaciones que el juez puede hacer a su sentencia, quedando comprendidas dentro de éstas, no sólo la aclaratoria de puntos dudosos, sino también las omisiones, rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieron de manifiesto en la sentencia, así como dictar las ampliaciones a que haya lugar...*”.

Precisado lo anterior, esta Sala advierte que en el presente caso, se solicita (punto 1 de su escrito) aclaratoria en lo que respecta a la “*desaplicación*” de una norma “*derogada*” -*“artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario del 28 de diciembre de 2010”*-, con lo cual no está requiriendo que sea aclarado o ampliado algún punto específico de la sentencia que emanó de esta Sala; pues en el fallo se señaló con precisión que como consecuencia del análisis de la sucesión de las leyes penales y, en particular, de “***determinar si del contenido del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario*** *(G.O. Nº 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010),* ***puede derivarse una despenalización de la conducta delictiva calificada como apropiación o distracción de recursos, que afectaría el curso del presente proceso***” (Cfr. Página 106), *“esta Sala al verificar que el artículo 213 eiusdem, es una norma ininteligible y, por lo tanto, contraria al deber de tipificación suficiente contenido en artículo 114 de la Constitución y los principios de racionalidad y no arbitrariedad que deben regir la función legislativa (Cfr. Sentencia de esta Sala Nros. 2/09, 1.178/09 y 490/11), aunado a la necesidad de generar seguridad jurídica en la interpretación*

del ordenamiento jurídico y, en particular, el que afecta al sistema económico (bancario), ***esta Sala Constitucional en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela****,* ***desaplica por control difuso de la constitucionalidad el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario****, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.380/09)"* (Cfr. Página 132).

Tal como quedó expuesto en el fallo cuya aclaratoria se solicita, la doctrina, así como la legislación patria y la internacional, han dejado sentada la posibilidad de la aplicación de las normas derogadas para resolver, ciertos casos acaecidos bajo su vigencia, esto a lo que se ha llamado *principio de la ultraactividad*, o lo que es lo mismo actividad de la ley más allá de su vigencia. Lo mismo aplica para aquellas leyes recién promulgadas que pueden ser aplicadas a acciones que se materializaron antes de su entrada en vigencia, esto es lo que se ha denominado *retroactividad* de las leyes.

De manera, que esta aplicación de las leyes en uno u otro caso -ultraactividad y retroactividad- e|s lo que se conoce doctrinariamente como *principio de extraactividad*, recogidos y reconocidos en Convenios y Tratados Internacionales, así como en la legislación patria, cuando la naturaleza de los hechos así lo ameriten. Evidencia claro de ello, se lee en las Disposiciones Finales del vigente Código Orgánico Procesal Penal, donde se establece, expresamente la aplicación del principio de extraactividad, bien sea retroactivamente o ultraactivamente, en tanto resulten más favorables al imputado o imputada.

Ello así es evidente que tanto la legislación patria como la internacional permiten, y así lo consagran (artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), *la aplicación de leyes derogadas*, es decir fuera del ámbito de su vigencia, bajo los parámetros que quedaron ampliamente expuestos en el fallo, por lo que la solicitud debe ser declarada improcedente; y así se declara.

A igual conclusión, cabe arribar en relación con el planteamiento relativo a que *"Se refirió la Sala, exclusivamente, al delito de apropiación indebida simple y no al calificado. Solicitamos formalmente a la Sala, que aclare, por qué el delito de apropiación indebida calificada, contenido en el Código Penal el cual prevé pena grave y además se constituye como un delito de acción pública, no puede ser aplicado para estos casos aun conteniendo la sanción severa a que se refiere el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*", ya que en el propio texto de la sentencia se establece expresamente que:

*"En tal sentido**, dadas las características particulares que informan el presente caso, ya que en materia económica (bancaria) el ordenamiento constitucional, impone al juez constitucional, que en ejercicio de su competencia de control de la actividad legislativa, garantice que "El ilícito económico, (...) y otros delitos conexos, serán penados severamente" (artículo 114 eiusdem), ello implica no sólo que deban ser tipificadas las conductas delictivas, sino que además sean penadas con mayor severidad, en tanto que aquellas si bien pueden ser delitos comunes, en el ámbito bancario tiene mayor relevancia punitiva, cuando del contenido de la norma en el que el propio legislador establece el delito, puedan identificarse los elementos que componen una norma penal perfecta**.*

Asumir otra posición interpretativa, resultaría contraria a la naturaleza de los valores, principios y derechos que informan la Constitución, por cuanto en el presente caso se procedería a despenalizar una conducta lesiva per se -derivada de la naturaleza de la actividad de intermediación bancaria-, reconocida como tal en el propio texto de la ley, y cuya legalización o deficiente penalización, desconocería el derecho de la sociedad, y de los afectados directa e indirectamente por la presunta apropiación o distracción indebida de recursos imputada, lo que inexorablemente incidiría, como se ha señalado, en el normal desarrollo de la sociedad.

Esta Sala bajo ninguna posición doctrinal que se asuma, puede afirmar la existencia de algún título jurídico válido que genere la destrucción o desintegración de la sociedad y, del sistema económico desarrollado en el marco del Estado Social de Derecho y Justicia, más aún cuando se está

en presencia de una conducta que directamente desnaturaliza y terminaría por desintegrar, el desarrollo de una actividad lucrativa -en los términos del ordenamiento jurídico estatuario que lo regula- que igualmente es un derecho humano fundamental, como lo es el de libertad económica, lo cual se constituiría en un grave e inminentemente peligro, al bienestar individual y colectivo, que impele a esta Sala a garantizar su prohibición y correcta sanción por razones de necesidad y seguridad del Estado *”* (Cfr. Páginas 130 y 131).

También resulta improcedente, la pretensión relativa a que “*aclare, si está ordenando la aplicación de una norma derogada por la disposición derogatoria tercera contenida en la Ley de Instituciones del Sector Bancario del mes de diciembre de 2010, y a todo evento, si esta disposición derogatoria está en vigencia tal y como se desprende de la legislación actual*”, dado que la sentencia claramente señaló que en el presente caso se está aplicando el principio “*tempus regit actum*”, en los siguientes términos:

“en el caso en examen y bajo las premisas anteriormente formuladas en el presente fallo, referidas al alcance y contenido de derecho a la libertad económica y a la estabilidad y sustentabilidad del sistema económico como derechos humanos fundamentales, debe necesariamente aplicarse el principio “tempus regit actum” a los delitos de índole económico bancario, como el de apropiación o distracción de bienes, con base a las imposiciones que la propia Constitución (artículo 114) establece en la materia, que se materializan y ratifican en relación a la prohibición de impunidad ya señalada en la materia de derechos humanos fundamentales (artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En consonancia con lo dicho, al margen de los supuestos de leyes excepcionales y temporales, también resulta aplicable al presente caso, el principio de ultractividad ya mencionado, en la medida que el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras *(Gaceta Oficial N° 5.892, del 31 de julio de 2008)* ***contempla la norma más favorable -y por lo demás vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito penal-, en relación con el tipo***

penal de apropiación o distracción contenido en el artículo 216 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario *(Cfr. Gaceta Oficial Nº 39.627 del 02 de marzo de 2011, que establece una pena de 10 a 15 años de prisión),* ***dada la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario*** *(Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010). En tal sentido,* ***debe destacarse que la pena por la comisión del referido delito de apropiación o distracción es de ocho a diez años de prisión, desde la referida Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras*** *(****2008****),* ***hasta la Ley de Reforma Parcial de La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*** *(Gaceta Oficial N° 39.491 del 19 de agosto de* ***2010****)"* (Cfr. Sentencia p. 139 y 138).

Por otra parte, los asertos referidos a "*aclar[ar], si en efecto es posible que el Poder Ejecutivo pueda crear a través de un Decreto Presidencial una norma penal sin que se viole el principio de reserva legal que para la creación de este tipo de normas se atribuye exclusivamente, a la Asamblea Nacional* (…) *aclare, si las normas que regulan los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, constituyen normas que protegen derechos humanos fundamentales, y principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional* (…) [y] *durante los meses que esa Sala estuvo estudiando el avocamiento, esta defensa realizó formales solicitudes respecto al presente caso, sin que haya habido pronunciamiento alguno. Solicitamos formalmente a esa Sala, aclare, por qué no se pronunció acerca de los pedimentos de esta defensa en la sentencia respectiva*".

Debe reiterar la Sala que el objeto del presente avocamiento fue de conformidad con el fallo N° 425/11, "*la posible transgresión del orden público constitucional, en el marco de los principios fundamentales que informan el orden socioeconómico que establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de una* ***sucesión temporal de normas en materia penal****, desarrolladas parcialmente por la jurisprudencia vinculante de esta Sala, en aras de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, con la finalidad de determinar, efectivamente, si en el presente caso existe una vulneración al orden jurídico constitucional que*

pudiera afectar la imagen de los órganos jurisdiccionales, aunado al hecho de evitar criterios jurisprudenciales contradictorios en el presente caso, y en virtud de que la potestad de avocamiento funge como el medio para lograr una necesaria armonización de la sociedad, como resultado necesario de una interpretación de la Constitución que responda a las necesidades de la sociedad en un momento determinado, tomando en cuenta el impacto y alcance de las decisiones que se asuman, debe esta Sala admitir la presente solicitud de avocamiento", lo cual se reiteró en la sentencia N° 794 del 27 de mayo de 2011, que señaló "*corresponde a esta Sala determinar si del contenido del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (G.O. Nº 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010), puede derivarse una despenalización de la conducta delictiva calificada como apropiación o distracción de recursos, que afectaría el curso del presente proceso*".

Por lo tanto, no puede pretender la solicitante que esta Sala exceda el *thema decidendum* en el presente caso, a los fines de obtener un pronunciamiento que correspondería a un recurso de nulidad o interpretación, según corresponda; o que solucione de manera particular argumentos que se resolvieron en el fondo del asunto planteado, lo cual no implica asumir los criterios o argumentos sostenidos por alguna de las partes en el presente proceso, razón por la cual se desestiman las denuncias formuladas. En virtud de lo expuesto, estima esta Sala que la solicitud realizada desborda la finalidad perseguida por dicha figura procesal, por lo que resulta forzoso para esta Sala declarar improcedente la solicitud de aclaratoria realizada. Así se decide.

Al margen de las anteriores consideraciones, la Sala advierte que la sentencia N° 794 del 27 de mayo de 2011, fue publicada en la Gaceta Oficial N° 39.697 del 16 de junio de 2011 y, visto que a la presente fecha no se ha presentado otra solicitud de aclaratoria relativa a la misma, esta Sala ordena la remisión de los expedientes que integran las causas objeto del presente avocamiento, a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia para que las mismas sigan su curso en el estado en que se encuentran.

6.3.- Validez Espacial. Límites Territoriales de la Ley Penal.

6.3.1.-Validez espacial de la Ley Penal

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 161, Fecha: 27/02/2008

La ley penal, como toda ley, es territorial: se dicta para que tenga vigencia sobre determinado territorio y sea aplicada con motivo de hechos punibles cometidos en el mismo; asimismo, se dicta para ser aplicada a todos los ciudadanos cuyas conductas se adecuen en ella y que se encuentren bajo la esfera del poder del Estado que la dicta. Por último, la ley penal está limitada en el tiempo, tiene vigencia en un determinado lapso; sin embargo, esta afirmación no es absoluta, toda vez que la vigencia temporal de la misma hace que surjan los problemas de la extractividad de la ley penal, es decir, la posibilidad de su aplicación a hechos consumados antes de su vigencia, o bien, su aplicación hacía el futuro, prolongándose su vigencia en determinadas circunstancias y condiciones, una vez derogada.

6.3.2.- Principio de territorialidad

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1681, Fecha: 20/08/2004

No obstante la decisión anterior, juzga la Sala pertinente dejar sentado para casos futuros el planteamiento que se expone a continuación:

La controversia examinada por la Sala Políticoadministrativa en la sentencia n° 1.158, dictada el 18 de mayo de 2000, en la causa n° 15.730, de la nomenclatura de dicha Sala, reviste una evidente naturaleza penal, por ello resulta justificado el interrogarse acerca de si a casos similares a éste les puede ser aplicado el régimen jurídico contenido en la Ley de Derecho Internacional Privado para resolver los conflictos en materia civil y mercantil que contengan elementos de extranjería, o si, por el contrario, ello no es posible y sólo le está dado a la Sala Políticoadministrativa aplicar la normativa penal sustantiva y adjetiva vigente a

fin de determinar si el Estado venezolano tiene o no jurisdicción para conocer de la controversia penal con elementos de extranjería, tanto más por cuanto la respuesta que se dé a tal duda no sólo puede contribuir a evitar futuros errores de juzgamiento en la tramitación de controversias penales con elementos de extranjería, sino que también puede ser decisiva para no incurrir en violaciones al orden público constitucional.

En tal sentido, resulta de utilidad, por ser ello una metodología válida -mas no exclusiva ni vinculante para el juez- de interpretación de la ley (Cfr. Karl Larenz, "Intención reguladora, fines e ideas normativas del legislador histórico", en Metodología de la Ciencia del Derecho, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 325 y ss.)-, atender a lo indicado por el legislador en la Exposición de Motivos del mencionado texto legal:

"Al redactar la ley se ha partido del concepto de que las normas de Derecho Internacional Privado eran, en sentido estricto, las relativas al Derecho Privado sustantivo esencialmente Derecho Civil y Derecho Mercantil y al Derecho Procesal Civil y que sólo ellas debían, por lo tanto, formar parte de su articulado.

Se ha considerado, por el contrario, que las normas de conflicto referentes al Derecho Público, con la sola excepción del Derecho Procesal Civil, formaban parte de las ramas jurídico-públicas respectivas y debían, en consecuencia, incluirse en los textos legales respectivos. Eso sucede, por ejemplo, con el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal, el Derecho Tributario, el Derecho Administrativo; y es lo que ocurre hoy efectivamente en nuestra actual legislación positiva. Tales normas, en efecto delimitan exclusivamente la esfera de aplicación del derecho nacional. La excepción efectuada con el Derecho Procesal Civil, en consonancia con el criterio de gran parte de la doctrina y la legislación comparada, se basa en su íntima conexión con el Derecho privado sustantivo y en la importancia que tiene la competencia procesal y el problema de la penetración de los efectos de la sentencia extranjera en la vida jurídica privada internacional" (Subrayado de la Sala).

Conforme a lo anterior, el régimen jurídico contenido en la Ley de Derecho Internacional Privado, al estar orientado a normar

situaciones jurídicas sometidas al Derecho Privado y de Familia, no sería aplicable a las materias que comprende el Derecho Público, entre las que se encuentra, precisamente, el derecho penal, cuyas controversias con elementos de extranjería, salvo en caso de laguna de la ley, deben ser resueltas con sujeción a lo establecido en la legislación sustantiva y adjetiva vigente para el momento en que fue presentada la denuncia, es el caso del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, o formulada la imputación, con base en el vigente Código Orgánico Procesal Penal. En tal sentido, este último, al tocar lo referente a la jurisdicción que el Estado venezolano ejerce a través de los Tribunales con competencia en lo penal, establece en su artículo 55 lo siguiente:

"Artículo 55. *Jurisdicción ordinaria*. Corresponde a los tribunales ordinarios el ejercicio de la jurisdicción para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento, conforme a lo establecido en este Código y leyes especiales, y de los asuntos penales cuyo conocimiento corresponda a los tribunales venezolanos según el Código Penal, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

La falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos será declarada, a instancia de parte, por el tribunal que corresponda, según el estado del proceso. La decisión será recurrible para ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa" (subrayado de la Sala).

Por su parte, el artículo 3 del Código Penal, norma al que remite en forma directa la citada disposición legal al momento de precisar la jurisdicción del Estado venezolano en la materia penal, dispone cuanto sigue:

"Artículo 3. Todo el que cometa un delito o una falta en el territorio de la República será penado con arreglo a la ley venezolana".

Dicha norma consagra lo que la dogmática jurídico-penal (Jiménez de Asúa, Chiossone, Arteaga Sánchez), denomina *principio de la territorialidad de la ley penal*, rector principal –mas no exclusivo- de la validez espacial de la ley penal, de acuerdo con el cual la ley penal de un Estado, en este caso del venezolano, debe aplicarse, como regla general, a todos los delitos cometidos en su territorio, sin atender a la nacionalidad del autor ni a la

del titular del bien jurídico lesionado, siendo, conforme al mencionado principio, el factor determinante para declarar si tiene jurisdicción el Estado a cuyos tribunales ha sido sometida la demanda penal, cuando existan dudas al respecto, el lugar donde ha ocurrido, donde se ha cometido el hecho punible (*locus commissi delicti*), circunstancia que en el caso de Venezuela, corresponde precisar al órgano judicial con competencia para decidir, en última instancia, si tienen o no los Tribunales de la República posibilidad de enjuiciar un determinado hecho punible, esto es, a la Sala Políticoadministrativa de este Máximo Tribunal de la República, según lo dispuesto por el citado artículo 55 del Código Orgánico Procesal Penal.

En criterio de esta Sala, a fin de establecer el lugar de comisión del delito y, con ello, si el Estado venezolano tiene o no jurisdicción para conocer el asunto, el Juez natural (Juzgado de Primera Instancia Penal y Sala Políticoadministrativa), ya sea que adopte la teoría de la acción (el delito se comete en el lugar donde se realiza la conducta) o de la actividad (el delito se comete en el lugar donde se produce el resultado dañoso), o la teoría de la obicuidad (el delito se considera cometido tanto en el lugar donde se ha desarrollado total o parcialmente la conducta, como en el lugar donde se produce el resultado y, por tanto, en virtud del principio de la territorialidad, tiene jurisdicción aquel Estado en el que al menos se haya realizado parte del hecho delictivo), deberá en lo sucesivo, a fin de respetar y garantizar los principios y derechos protegidos por el artículo 49 de la Carta Magna, en particular, el derecho a la defensa y al Juez natural, en primer lugar, a aplicar las citadas normas del Código Orgánico Procesal Penal y del Código Penal, que permiten resolver las dudas relativas a la jurisdicción del Estado venezolano para conocer de controversias jurídico-penales que presentan elementos de extranjería, sin que sea posible –por constituir ello una subversión del orden procesal que se funda en el Texto Constitucional- aplicar en su lugar normas de conflicto reguladoras de controversias jurídico-privadas o de familia que incluyen elementos de extranjería, que ninguna relación guardan con la materia penal.

En segundo lugar, el Juez natural deberá aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 55 del Código Orgánico Pro-

cesal Penal y 3 del Código Penal, y examinar los elementos probatorios que cursen en el expediente penal y que permitan, con apoyo en las técnicas de valoración de las pruebas y en las reglas de la sana crítica, establecer razonablemente en qué lugar, de acuerdo con alguna de las teorías expuestas –o de cualquier otra que sea compatible con el ordenamiento jurídico venezolano-, se produjo el hecho punible, si ello ocurrió en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela (que ha de entenderse en sentido jurídico y no sólo geográfico, con lo cual comprende no sólo el territorio nacional, sino también el mar territorial, la plataforma continental, el espacio aéreo, así como a cualquier espacio en el que se extienda la soberanía del Estado, como es el caso de las naves o aeronaves venezolanas) o fuera de él, dado que no es posible arribar a dicha conclusión sin examinar las cuestiones de hecho que han dado lugar al inicio de la investigación penal, sin que en ningún caso pueda el Juez nacional, una vez declarada la falta de jurisdicción del Estado venezolano, indicar cuál Estado tiene jurisdicción para conocer de la controversia.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 430, Fecha: 08/08/2008

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5 (numeral 38) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 392 del Código Orgánico Procesal Penal, corresponde a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, declarar la procedencia o no de la solicitud de extradición del ciudadano RONALD MOISÉS CARBALLAL ZAMBRANO, portador de la cédula de identidad Nº 13.286.266, y a tal efecto observa:

El artículo 3 del Código Penal venezolano, establece que: *"Todo el que cometa un delito o una falta en el espacio geográfico de la República, será penado con arreglo a la ley venezolana".*

Esta disposición legal consagra, el principio de la territorialidad de la ley penal y faculta al Estado venezolano para conocer de los delitos que se cometan dentro de su espacio geográfico.

Por su parte, el artículo 391 del Código Orgánico Procesal Penal

contempla lo siguiente: *"La extradición se rige por las normas de este Título, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República".*

Y el artículo 392 del señalado Código Adjetivo Penal, establece: *"Extradición activa. Cuando se tuviere noticias de que un imputado respecto del cual el Ministerio Público haya presentado la acusación y el Juez de control haya dictado una medida cautelar de privación de libertad, se halla en país extranjero, el Juez de control se dirigirá al Tribunal Supremo de Justicia con copia de las actuaciones en que se funda.*(...)

El Tribunal Supremo de Justicia, dentro del lapso de treinta días contados a partir del recibo de la documentación pertinente y previa opinión del Ministerio Público, declarará si es procedente o no solicitar la extradición, y, en caso afirmativo, remitirá copia de lo actuado al Ejecutivo Nacional".

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6, apartes primero, segundo y tercero del Código Penal, se requiere para determinar la procedencia de la solicitud de extradición, que el delito que se impute no sea político ni por infracciones conexas con éste; que se encuentre tipificado por las legislaciones de los países involucrados en el proceso, con lo cual se establece el principio de la doble incriminación; así como que se establezca en el Tratado de Extradición de ambos países como un supuesto de procedencia, que el delito no tenga asignada en el país requirente la pena de muerte o una pena perpetua y que la acción o la pena, según el caso, no se encuentre prescrita.

Ahora bien, la Sala advierte, que entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de España, existe un tratado de Extradición, el cual fue aprobado por el Poder Legislativo Nacional y publicado en Gaceta Oficial N° 34.476, del 28 de mayo de 1990, el cual dispone en sus artículos 1°, 2 (numeral 25), 3 (ordinal 2) y 5, lo siguiente:

Artículo 1°. *"El Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela y el Gobierno de España, se comprometen por el presente Tratado a entregarse, recíprocamente, los individuos que habiendo sido condenados o estando perseguidos por las autoridades competentes de una de las dos Altas Partes Contratantes... de los crímenes o*

delitos que se expresarán en el artículo siguiente se hubieren refugiados en el territorio de la otra".

Artículo 2. *"Conforme a lo estipulado en el artículo anterior serán entregados los individuos acusados o convictos de cualquiera de los crímenes siguientes:* (Omissis).
25. Estafa".

Artículo 3. *"No habrá lugar a la extradición:* (Omissis).
2°. Si se ha cumplido la prescripción de la acción o de la pena con arreglo a las leyes del País a quien se pida la entrega del individuo, acerca de la infracción que motive la demanda...".

Artículo 5. *"Ningún extraditado podrá ser procesado ni castigado por delitos políticos si en ellos hubiere incurrido, ya sean conexos o inconexos con el crímen o delito que haya dado lugar a su extradición...".*

Visto lo anterior y, en relación con el cumplimiento de los supuestos requeridos en el artículo 392 del Código Orgánico Procesal Penal para la procedencia de la Extradición Activa, la Sala observa que en el presente caso: 1) la Fiscalía del Ministerio Público presentó acusación contra el ciudadano RONALD MOISÉS CARBALLAL ZAMBRANO, por la presunta comisión del delito de ESTAFA AGRAVADA, tipificado en el ultimo aparte del artículo 464 del Código Penal vigente para el momento en que ocurrieron los hechos; 2) la pena aplicable al delito en cuestión es de Uno (1) a Cinco (5) Años de Prisión; y, 3) el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Guárico, decretó orden de aprehensión contra el referido ciudadano.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 36, Fecha: 15/03/2011

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 (numeral 1°) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 392 del Código Orgánico Procesal Penal, corresponde a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, declarar la procedencia o no de la solicitud de extradición activa de la ciu-

dadana HERMINIA ARRIOLA ORTÍZ, de nacionalidad peruana, y titular de la Cédula de Identidad N° E-82.281.957, y tal efecto observa:

Las razones por las cuales el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Nueva Esparta, solicitó a la Sala de Casación Penal, la extradición de la ciudadana HERMINIA ARRIOLA ORTÍZ, son que contra la referida ciudadana fue decretada medida de privación judicial preventiva de libertad (orden judicial de aprehensión) por el delito de ESTAFA AGRAVADA, tipificado en el último aparte del artículo 462 del Código Penal, en perjuicio del ciudadano Ricardo Ernesto Creixens Savignon, medida que no se pudo ejecutar en virtud de que la mencionada ciudadana salió del territorio nacional, circunstancia que ocasionó la paralización de la causa seguida en su contra, en virtud de lo cual el mencionado Juzgado de Control, el 12 de agosto de 2007, decretó orden de aprehensión a Nivel Nacional e Internacional con Reseña Roja, oficiando para ello a la oficina de Policía Internacional (INTERPOL) a los fines de su captura. Aunado a lo anterior, se tuvo conocimiento que la referida ciudadana, en virtud de la orden anterior, se encuentra detenida en la República de Perú.

El artículo 3 del Código Penal venezolano, establece que: *“Todo el que cometa un delito o una falta en el espacio geográfico de la República, será penado con arreglo a la ley venezolana”.*

Esta disposición consagra el principio de la territorialidad de la ley penal y faculta al Estado venezolano para conocer de los delitos que se cometan dentro de su espacio geográfico.

Por su parte, el artículo 391 del Código Orgánico Procesal Penal contempla lo siguiente: *“La extradición se rige por las normas de este Título, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”*.

Y el artículo 392 del señalado código adjetivo penal, establece: *“Cuando el Ministerio Público tuviere noticias de que un imputado o imputada al cual le ha sido acordada medida cautelar de privación de libertad, se halla en país extranjero, solicitará al Juez o Jueza de Control inicie el procedimiento de la extradición activa.*

A tales fines se dirigirá al Tribunal Supremo de Justicia, el cual, dentro del lapso de treinta días contados a partir del recibo de la documentación pertinente y previa opinión del Ministerio Público, declarará si es procedente o no solicitar la extradición, y en caso afirmativo, remitirá copia de lo actuado al Ejecutivo Nacional.
En caso de fuga del acusado sometido o la acusada sometida a juicio oral y público, el trámite ante el Tribunal Supremo de Justicia le corresponderá al Juez o Jueza de Juicio. Si el fugado o fugada fuera quien esté o está cumpliendo condena el trámite le corresponderá al Juez o Jueza de Ejecución”.

Entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Perú, rige el Tratado de Extradición firmado el 18 de julio de 1911, en el cual las partes contratantes convinieron lo siguiente: *“Artículo 1° Los estados contratantes convienen en entregarse mutuamente, de acuerdo con lo que se estipula en este Acuerdo, los individuos que procesados o condenados por las autoridades judiciales de uno cualquiera de los Estados contratantes, como autores, cómplices, o encubridores de alguno o algunos de los crímenes o delitos especificados en el artículo 2°, dentro de la jurisdicción de una de las partes contratantes, busquen asilo o se encuentren dentro del territorio de una de ellas. Para que la extradición se efectúe, es preciso que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar en donde se encuentre el prófugo o enjuiciado, justificarían su detención o sometimiento a juicio, si la comisión, tentativa o frustración del crimen o delito se hubiere justificado en él”.*

Asimismo, establece el artículo 2, del mencionado Tratado, lo siguiente: *“Artículo 2° La extradición se concederá por los siguientes crímenes y delitos:…*(Omissis)…

10. Fraude que constituya estafa o engaño…(Omissis)…

13. Falsificación de papeles o emisión de papeles falsificados; falsificación de documentos oficiales del Gobierno, de las autoridades públicas o de los Tribunales de Justicia o la emisión de la cosa falsificada…”. (Subrayado de la Sala).

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en los indicados artículos y en las actuaciones que constan en el expediente, estima procedente solicitar a la República del Perú la extradición de la ciudadana HERMINIA ARRIOLA ORTÍZ, por el delito imputado y en

base al cual le fue decretada orden de aprehensión judicial, ya que su evasión ocasionó que la causa seguida en su contra se paralizara en esa etapa procesal.

Así las cosas, la Sala a título de ejemplo, desea resaltar varios Tratados de Extradición suscritos por nuestro país:

Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y Bélgica, del 13 de marzo de 1884, cuyo artículo 10, consagrada la procedencia de la extradición: *"…Si se trata de un delincuente o de un acusado, la extradición será concedida en virtud de presentación, ya del auto de arresto, ya de otro acto que tenga la misma fuerza, ya del auto de remisión o de acusación, ya de cualquier otro acto en que se decrete formalmente la entrega del delincuente ante la jurisdicción, siempre que estos actos, mandatos, ordenanzas o autos, emanen de autoridades competentes…".*

Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela e Italia, del 23 de agosto de 1930, artículo 9: *"…La extradición se acordará sobre la base de una sentencia condenatoria o de un auto de prisión o cualquier otra providencia equivalente al auto…".*

Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y Francia, del 23 de marzo de 1853, artículo 3: *"…Los documentos que deberán presentarse en apoyo de la demandas de extradición, serán el mandato de arresto librado… conforme a las leyes del país cuyo gobierno pide la extradición…".*

La declaratoria de procedencia de la presente extradición se basa en el hecho que, contra la ciudadana **HERMINIA ARRIOLA ORTÍZ**, concurren fundados elementos de convicción (descritos en la solicitud y orden de aprehensión) para estimar que ha sido autor o partícipe en la comisión del delito de **ESTAFA AGRAVADA**, sancionado en el último aparte del artículo 462 del Código Penal. Aunado a ello, se evadió totalmente del proceso al haber salido del territorio nacional y se tiene noticias que se encuentra detenida en la República de Perú.

Por otra parte, consta en el expediente que contra la referida ciudadana pesa orden de aprehensión, solicitada por las Fiscalías Octava del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena y Fiscal Quinta del Ministerio Público de la Cir-

cunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, y acordada por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del referido estado.

Aunado a lo anterior, la Sala observa que el delito imputado a la ciudadana HERMINIA ARRIOLA ORTÍZ, y por el cual se solicita su extradición, se encuentra regulado en nuestra legislación.

El delito de ESTAFA AGRAVADA, está consagrado en el artículo 462 del Código Penal, en los términos siguientes: *"El que con artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciéndole en error, procure para sí o para otro un provecho injusto con perjuicio ajeno, será penado con prisión de uno a cinco años. La pena será de dos a seis años si el delito se ha cometido:*

1. En detrimento de una administración pública, de una entidad autónoma en que tenga interés el Estado o de un instituto de asistencia social.
2. Infundiendo en la persona ofendida el temor de un peligro imaginario o el erróneo convencimiento de que debe ejecutar una orden de la autoridad.

El que cometiere el delito previsto en este artículo, utilizando como medio de engaño un documento público falsificado o alterado, o emitiendo un cheque sin provisión de fondos, incurrirá en la pena correspondiente aumentada de un sexto a una tercera parte.

Los hechos constitutivos del delito imputado a la referida ciudadana, fueron cometidos en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte, no constan elementos que permitan establecer la prescripción de la acción penal, para perseguir el delito enjuiciado, ni se trata de delito que pueda ser calificado como político.

Cabe destacar, que el proceso seguido contra la ciudadana HERMINIA ARRIOLA ORTÍZ, actualmente se encuentra en la fase preparatoria del proceso, de acuerdo con las disposiciones establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal. Será en esa oportunidad que dicha ciudadana sea presentada, imputada formalmente e impuesta de los hechos, los fundamentos y los

elementos de convicción que motivan su detención, lo que junto con otros actos procesales, determinará o no la realización de un juicio oral.

En virtud de todo lo expuesto, la Sala DECLARA PROCEDENTE la solicitud de extradición de la ciudadana HERMINIA ARRIOLA ORTÍZ, de nacionalidad peruana, titular de la cédula de identidad N° E-82.281.957, al Gobierno de la República de Perú. Así se decide.

6.3.3.- Principio de justicia o jurisdicción universal

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 322, 13/07/2006

Igualmente se constató, que los delitos imputados al ciudadano Carlos Ojeda Herrera en la orden de Detención Nº 3-941, expedida el 30 de octubre de 2003, por las autoridades judiciales de Washington, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, son: 1) el de asociación ilícita destinada a distribuir más de 5 kilogramos de cocaína, sabiendo que iba a ser importada a Estados Unidos; asociación ilícita destinada a importar más de 1 kilogramo de heroína a Estados Unidos de América, previstos en los artículos 960 y 963 del título 21, concatenadamente con el artículo 2 del titulo 18, ambos del Código de Estados Unidos y 2) el de distribución de más de 5 kilogramos de cocaína, sabiendo que iba a ser importada a Estados Unidos, previsto en los artículos 959 y 963 del título 21, en referencia al artículo 2 del título 18, del Código de Estados Unidos.

Los referidos delitos no son de carácter político, ni conexos con estos, y a su vez se encuentran tipificados en el artículo 31 de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, aunado al hecho de que la acción penal no se encuentra prescrita.

Ahora bien, la Sala observa, que del examen de los requisitos de procedencia de la extradición, el aparte in fine del artículo 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 6 del Código Penal, señalan la prohibición de ex-

traditar a otros países a ciudadanos cuya nacionalidad sea la venezolana.

En efecto, la nacionalidad venezolana del ciudadano Carlos Ojeda Herrera, está acreditada en el expediente, con los siguientes documentos: declaración de voluntad de ser venezolano, de conformidad con lo previsto en el ordinal 3º del artículo 35 de la Constitución Nacional de 1961, autenticada en la Notaría Pública Primera del Estado Táchira, el 10 de enero de 1975, bajo el número 60, tomo 1, cursante en los folio 185 y 186 del expediente; copia certificada de la partida de nacimiento del ciudadano Pacífico del Carmen Ojeda Contreras, inserta en Libro de Registro Civil de Nacimientos, correspondiente al Municipio Vargas del Distrito Jáuregui del Estado Táchira, número 150, Tomo 1, folio 64 y vuelto del año 1914, inserta en los folios 183 y 184 del expediente, correspondiente al padre del requerido y la Cédula de identidad Nº 9.205.977, inserta en original en el folio 132 del expediente.

De igual forma, se observa, que la nacionalidad venezolana no fue adquirida con el propósito de obstaculizar el procedimiento de extradición solicitado, a raíz de los hechos punibles investigados a partir del año 2000 en el Estado requirente. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 6 del Código Penal, es forzoso para la Sala, declarar sin lugar la extradición del ciudadano Carlos Ojeda Herrera a los Estados Unidos de América. Así se Declara.

No obstante la anterior declaratoria, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, observa lo siguiente:

1) **Que los delitos relacionados con el tráfico y venta de sustancias estupefacientes y psicotrópicas son pluriofensivos, ya que atentan gravemente contra la integridad física, mental y económica de un número indeterminado de personas a nivel nacional e internacional, y de igual forma generan violencia social en los países donde se despliega dicha acción delictual.**
2) Que el artículo 152 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece, que las relaciones

internacionales de la República Bolivariana de Venezuela están orientadas al bienestar de la humanidad.

3) Que el tráfico y venta ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, son considerados por la Sala, como delitos de lesa humanidad, cuya impunidad debe evitarse conforme a los principios y declaraciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas, Única de 1961 Sobre Estupefacientes; Convenio de 1971 Sobre Sustancias Psicotrópicas, Convención de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

4) Que del artículo 16.10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por la República Bolivariana de Venezuela y los Estados Unidos de América, en concordancia con el artículo 6 del Código Penal, se desprende la aplicación del principio de la jurisdicción universal, según el cual un Estado puede perseguir, investigar y juzgar a los autores de delitos cometidos de lesa humanidad, independientemente de cual sea su nacionalidad y donde se haya cometido el hecho punible, cuando no proceda la extradición.

En razón de todo lo anteriormente señalado y conforme a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, del cual son signatarios la República Bolivariana de Venezuela y los Estados Unidos de América, se insta al Gobierno de los Estados Unidos de América, en base al principio de reciprocidad y cooperación internacional, a consignar ante el Ministerio Público de la República Bolivariana de Venezuela, los elementos probatorios, a fin de que se inicie la investigación respectiva con respecto a los hechos siguientes:

"… Ojeda Herrera es el jefe de una organización de traficantes de drogas radicada en Venezuela y especializada en el transporte de cocaína y heroína. Desde alrededor del mes de noviembre de 2000 hasta mayo de 2002 la organización 'OJEDA-HERRERA' transportó de Venezuela a Estados Unidos diversos alijos de heroína y cargamentos de varios cientos de kilos de cocaína en barcos de vela. La organización 'OJEDA HERRERA' transporta la cocaína y la heroína oculta en baterías de camión. Ambas drogas se embalan en tabletas de 250 g y se introducen en las

baterías. Cada batería contiene unos 9,5 kg de una de las dos drogas. Pese a estar cargadas de droga, las baterías funcionan perfectamente. En diciembre de 1999 la organización efectuó un viaje de prueba de Venezuela a Puerto Rico con una de tales baterías para comprobar si el método de contrabando podía funcionar. LORENTE transportó el alijo hasta Fajardo/Puerto Rico, para su posterior distribución a varios clientes locales de la organización. En junio de 2000 la organización dio instrucciones a LORENTE para que transportara a Puerto Rico cuatro baterías cargadas con 32 kg de heroína. En julio o agosto de 2001, le ordenó que transportara de Venezuela a Puerto Rico 30 Kg. de cocaína 'OJEDA HERRERA', LORENTE transportó a Puerto Rico 6 baterías con unos 35 kg. De heroína en su interior...".

6.3.4.- La Extradición

6.3.4.1.- Fuentes de la extradición

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 920, Fecha: 20/12/2001

Corresponde a esta Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, conocer de la extradición activa del ciudadano **LUIS CLEMENTE POSADA CARRILES**, natural de Cienfuegos, República de Cuba, venezolano por naturalización, casado y con cédula de identidad número V-5.304.069, planteada, en fecha 21 de agosto de 2001, por el Juzgado Cuarto para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal del área Metropolitana de Caracas, al tenerse noticia, por comunicación Nº 1393, de fecha 10 de agosto de 2001, del Vice Ministro de Seguridad Jurídica del Ministerio del Interior y Justicia y de la Fiscalía Primera del Primer Circuito Judicial de la República de Panamá, que el referido ciudadano se encontraba detenido en aquel país por el delito de posesión de explosivos (folios 1 al 12). En fecha 18 de septiembre del año 2001, se dio cuenta del recibo de los autos en Sala y se designó ponente a la Magistrada Doctora Blanca Rosa Mármol de León y, en fecha 29 de noviembre de 2001, se reasignó la ponencia al Magistrado Doctor Rafael Pérez Perdomo, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

En fecha 21 de septiembre de 2001 se enviaron copia de los

recaudos al ciudadano Fiscal General de la República, a los fines de la opinión correspondiente (artículo 21, numeral 13, de la Ley Orgánica del Ministerio Público) y, el día 2 de octubre de 2001, este alto funcionario se pronunció por la procedencia de la extradición.

Cumplidos los trámites procedimentales del caso, pasa la Sala a decidir sobre el referido planteamiento de extradición y, a tal fin, observa:

Tal solicitud extradicional obedece a que, en fecha 07 de octubre de 1976, le fue incoado proceso en Venezuela al mencionado ciudadano contra quien el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, el 02 de noviembre de 1976, dictó auto de detención, junto con los ciudadanos HERNÁN RICARDO y FREDDY LUGO, por los delitos de homicidio calificado y fabricación de arma de guerra, previstos en los artículos 408, ordinal 1º y 275 del Código Penal.

Los imputados LUIS POSADA CARRILES y HERNÁN RICARDO LOZANO, en fecha 08 de septiembre de 1982, se fugaron del Cuartel San Carlos de esta Ciudad, lugar donde se encontraban detenidos, haciendo uso de violencia, pués, uniformados de oficiales, tomaron como rehén al Tte. (AV) Angel Miranda Rijos, Jefe de los Servicios en el referido Cuartel, a quien amenazaron con una granada y una pistola calibre 9 mm para salir del cuartel, lo cual hicieron en el vehículo del Teniente (folios 2 y 12, pieza 28). El vehículo fue localizado en el Centro Comercial Paseo Las Mercedes (folio 60, p 28) y, en su interior, fue encontrado "... un artefacto simulando un aparato explosivo" y la pistolera del mencionado Teniente (folio 10, p 28), siendo capturados los evadidos al día siguiente.

En fecha 04 de noviembre de 1984 los mismos ciudadanos, HERNÁN RICARDO y LUIS POSADA CARRILES, intentaron fugarse, esta vez de la Casa de Reeducación y Trabajo Artesanal de El Paraíso. Dice el informe relativo a este intento de fuga que, siendo aproximadamente las 2:50 am, se sintió una explosión, constatándose que la planta eléctrica, del referido centro de reclusión, había sido volada. En el lugar de los hechos fueron encontrados los ciudadanos HERNÁN RICARDO y LUIS POSADA

CARRILES, a quienes les fue incautado un niple. Posteriormente, fueron desmanteladas, por la DISIP, dos bombas localizadas dentro de los talleres de mismo centro penitenciario. (folio 170, p 35) y, en fecha 18 de agosto de 1985,LUIS POSADA CARRILES, se fugó de la Penitenciaria General de Venezuela (pieza 35).

Con ocasión de esta fuga el Juzgado Décimo Tercero de Primera Instancia en lo Penal, el día 18 de septiembre de 1985, de conformidad con el artículo 386 del Código de Enjuiciamiento Criminal, acordó paralizar la causa respecto al ciudadano LUIS POSADA CARRILES y ordenó librar el edicto correspondiente.

Obran en autos los siguientes elementos de convicción:

1.- LUIS POSADA CARRILES**,** declaró conocer, desde hacía años, a HERNAN RICARDO, señalando que éste trabajaba, como investigador privado, en su compañía denominada ICICA; que había hablado dos o tres veces con ORLANDO BOSCH quien venía a Venezuela a captar cubanos para la causa anticastrista. (folios 15,16 vtos y 17, pieza 1) ratificación (folio 128, pieza 2), (folios 103 y 104, pieza 3).

2.- JOSÉ RICARDO GUERRERO ZAMBRANO dijo que, cuando el Director Gerente de la empresa ICICA, LUIS POSADA CARRILES, lo trajo a Caracas (al declarante), conoció a HERNÁN RICARDO, quien le manifestó tener mucho interés en conocer sobre explosivos y lo fácil que sería hacer estallar un avión en vuelo, utilizando explosivos que podrían ser detonados con un aparato de relojería; que ORLANDO BOSCH estaba en Venezuela para recabar fondos para una organización anticastrista denominada Comando de Organizaciones Revolucionarias Unidas. (folios 70 al 73, pieza 7).

3.- DENNIS ELLIOTT RAMDWAR (Comisionado adjunto de la Policía de Trinidad y Tobago) (folios 98 al 108, pieza 7) ratificada (folios 10,11 y 12, pieza 10); GORDON WATERMAN (Inspector Mayor de la Policía de Trinidad y Tobago) (folios 113 al 119, pieza 7) y OSCAR KING (Cabo número 6823 del Servicio de Policía de Trinidad y Tobago) (folios 120 al 125, pieza 7) ratificación (folios 20 al 23, pieza 10), declararon, en forma conteste: que el “EL CONDOR” era un frente o grupo llamado “EL CORU” (Comando de la Unidad de la Organización Revoluciona-

ria), cuyo jefe era ORLANDO BOSCH; que LUIS POSADA CARRILES era la cabeza de "ICICA"; que HERNÁN RICARDO y FREDY LUGO habían salido de Caracas el 05 de octubre de 1976 para efectuar unos trabajos de inteligencia en un avión de Cubana de Aviación, que volaría entre Trinidad y Barbados; que estaba consciente de todas las actividades de ORLANDO BOSCH y de LUIS POSADA CARRILES; que en junio de ese año, LUIS POSADA CARRILES y ORLANDO BOSCH, asistieron a una reunión secreta en Santo Domingo, en la cual decidieron incrementar las actividades terroristas en el Caribe; que en dicha reunión se había planificado colocar 16 libras de TNT, en un avión de Cubana de Aviación en Trinidad que sería activada por control remoto, pero que la operación fue retirada.

4.- NELSON YRAUSQUIN PALACIOS y ELENA BONET VIVES son contestes en afirmar sobre la venta de pasajes aéreos ruta Caracas-Puerto España- Barbados- Puerto España-Caracas, a los ciudadanos FREDY LUGO y HERNÁN RICARDO. Éste compró el pasaje con el nombre de JOSE VASQUEZ GARCÍA. (folios 103 vto y 104, pieza 2) y (folio 105 y vto, pieza 2).

5.- CHARLES MURRAY (Asistente de tráfico de la BWIA, en el Aeropuerto de Piarco, Trinidad, empresa ésta que representa a Cubana de Aviación), manifestó que estando a punto de cerrar la venta de boletos, los ciudadanos FREDDY LUGO Y HERNÁN RICARDO se acercaron al mostrador de Cubana de Aviación y le manifestaron textualmente "Cubana a Barbados", entonces él (el declarante), les ofreció dos pasajes pero por BWIA, a lo cual los referidos ciudadanos manifestaron su deseo de viajar en Cubana de Aviación, entonces le vendió los boletos (folios 70 y 71, pieza 10),

Cabe señalar que, en fecha 21 de julio de 1986, el Tribunal 11° de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, dictó sentencia condenatoria, a veinte (20) años de presidio, a los ciudadanos HERNÁN RICARDO LOZANO Y FREDDY LUGO, por el delito de homicidio calificado, decisión confirmada, en fecha 04 de agosto de 1987, por el Juzgado Superior Octavo de la misma Circunscripción Judicial.

En resumen, el 02 de noviembre de 1976, el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, dictó auto de detención contra los ciudadanos LUIS POSADA CARRILES, HERNÁN RICARDO y FREDDY LUGO, por encontrarlos incursos en los delitos de homicidio calificado y fabricación de armas de guerra, perpetrados el día 06 de octubre de 1976.

En fecha 08 de agosto de 1982 los ciudadanos LUIS POSADA CARRILES y HERNÁN RICARDO LOZADA se fugaron del Cuartel San Carlos de esta Ciudad, haciendo uso de uniformes de oficiales de las Fuerzas Armadas y teniendo como rehén al Tte. (AV) Angel Miranda Rijos, siendo recapturados al día siguiente. En fecha 04 de noviembre de 1984, los ciudadanos mencionados intentaron fugarse de la Casa de Reeducación y Trabajo Artesanal de El Paraíso, al volar la planta eléctrica de dicho Penal, siendo encontrado, en poder de éstos, un niple. En fecha 18 de agosto de 1985, el ciudadano LUIS POSADA CARRILES se fugó de la Penitenciaría General de Venezuela. Se tuvo noticia, por comunicación del Despacho del Vice-Ministro del Interior y Justicia (Nº 1393, de fecha 10 de agosto de 2001), de que el evadido había sido capturado en la ciudad de Panamá, capital de la República del mismo nombre, por las autoridades policiales de aquél país por el delito de tenencia de explosivos.

De las testimoniales referidas surgen elementos de convicción en relación a que el prófugo LUIS POSADA CARRILES, formaba parte de una organización terrorista denominada “CORU”, cuyo objeto era unificar las acciones de los grupos anti-castristas, atribuyéndose a esta organización, hasta el día 22 de agosto de 1977, alrededor de veinte actos terroristas: contra las Embajadas de Cuba, un avión militar venezolano en Miami USA y el avión comercial cubano, siniestrado en las Bahamas, hecho este último objeto de la solicitud extradicional, materia de la presente decisión. Asímismo aparece demostrada la participación de LUIS POSADA CARRILES en el ataque al avión de la línea Cubana de Aviación que transportaba 73 personas.

La entrega recíproca de personas, entre distintos países, se rige por normas del derecho interno, por los tratados y convenios internacionales, por las prácticas de reciprocidad entre los Estados y por la doctrina adecuada a los fines de

la institución: El principio, referente al lugar de la comisión *(forum delicti commissi)*, el de la producción del resultado, aquel donde se ha desarrollado la acción delictiva; el de personalidad del autor, según el cual el Estado persigue a sus súbditos en el lugar donde se encuentren, y el de la justicia universal, referente a delitos que afectan los intereses de la comunidad internacional. Todas estas exigencias se cumplen en el presente caso y, en consecuencia, es procedente solicitar la extradición. En efecto, LUIS POSADA CARRILES es venezolano por naturalización, fue en Venezuela donde se dio la resolución manifestada (1, 2 y 3) y la acción penal no se encuentra prescrita.

La prescripción de la acción penal, por la comisión de los delitos señalados, comenzó a correr desde el día de su perpetración, o sea, desde el día 06 de octubre de 1976. La prescripción iniciada fue interrumpida, primero, por el auto de detención antes señalado y, luego, por las fugas a que se ha hecho referencia.

El último de los delitos cometidos fue el de evasión, previsto en el artículo 259 del Código Penal, el cual entró en relación concursal con los anteriormente señalados (artículo 87 *ejusdem)*. Ahora bien, éste delito es de resultado permanente y, en los mismos, si bien el momento consumativo coincide con el primer acto de ejecución, su acción se prolonga en el tiempo y concluye cuando haya cesado la fuga, esto es, cuando el evadido se entregue o haya sido capturado. En este sentido el artículo l09 del Código Penal citado, establece que comenzará la prescripción, para los delitos permanentes, desde el día en que cese la permanencia.

6.3.4.2.- Requisitos de la extradición activa

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 487, Fecha: 02/10/2008[12]

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5 (numeral 38) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 392 del Código Orgánico Procesal Penal, corresponde a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, declarar la proce-

12. SSCP-TSJ 24 del 4 de febrero de 2004

dencia o no de la solicitud de extradición activa del ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN titular de la cédula de identidad Nº 11.313.212 y a tal efecto observa:

En el presente caso, la Fiscalía a Nivel Nacional en Materia de Salvaguarda con Competencia Especial en Bancos, Seguros y Mercado de Capitales, solicitó al Juzgado Trigésimo Cuarto de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, una medida judicial privativa preventiva de libertad (orden judicial de aprehensión) contra el ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN, por existir fundados elementos de convicción para considerarlo autor de los delitos de APROPIACIÓN Y DISTRACCIÓN DE RECURSOS DE UNA INSTITUCIÓN FINANCIERA y FRAUDE DOCUMENTAL EN GRADO DE CONTINUIDAD, tipificados en nuestra legislación en los artículos 432 y 433 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, respectivamente.

La medida judicial privativa preventiva de libertad contra el ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN fue decretada por el Juzgado Trigésimo Cuarto de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, el 19 de octubre de 2005, fecha posterior al acto de imputación realizado por la Fiscalía del Ministerio Público contra el referido ciudadano, quien debidamente asistido por sus abogados defensores, fue impuesto de los hechos investigados con ocasión a las presuntas irregularidades ocurridas en la Empresa Banplus, Entidad de Ahorro y Préstamo C.A..

Cabe advertir, que el proceso seguido contra el ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN actualmente se encuentra a la espera de la presentación del acto conclusivo correspondiente por parte del Ministerio Público, para poder finalizar la fase preparatoria, establecida en el Código Orgánico Procesal Penal.

Ahora bien, los delitos presuntamente cometidos por el ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN son los de APROPIACIÓN Y DISTRACCIÓN DE RECURSOS DE UNA INSTITUCIÓN FINANCIERA y FRAUDE DOCUMENTAL EN GRADO DE CONTINUIDAD, tipificados en nuestra legislación en los artículos 432 y 433 de la Ley General de Bancos y otras Institu-

ciones Financieras, respectivamente, que disponen:

El delito de Apropiación o Distracción de Recursos está consagrado en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras en los términos siguientes: *"Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero, los recursos del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años"*

Por su parte, el delito de Fraudes Documentales se encuentra tipificado en el artículo 433 eiusdem que dispone: *"Quien forje, adultere o emita documentos de cualquier naturaleza o utilice datos falsos, con el propósito de cometer u ocultar fraudes en cualesquiera de las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, será castigado con prisión de nueve (9) a once (11) años".*

En este sentido, el artículo 3 del Código Penal venezolano, establece que: *"Todo el que cometa un delito o una falta en el espacio geográfico de la República, será penado con arreglo a la ley venezolana".*

Esta disposición consagra el principio de la territorialidad de la ley penal y faculta al Estado venezolano para conocer de los delitos que se cometan dentro de su espacio geográfico.

Por su parte, el artículo 391 del Código Orgánico Procesal Penal contempla lo siguiente: *"La extradición se rige por las normas de este Título, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República".*

El artículo 392 del señalado código adjetivo penal, reformado establecía: *"Extradición activa. Cuando se tuviere noticias de que un imputado respecto del cual el Ministerio Público haya presentado la acusación y el Juez de control haya dictado una medida cautelar de privación de libertad, se halla en país extranjero, el Juez de control se dirigirá al Tribunal Supremo de Justicia con copia de las actuaciones en que se funda.*(...)

El Tribunal Supremo de Justicia, dentro del lapso de treinta días contados a partir del recibo de la documentación pertinente y previa opinión del Ministerio Público, declarará si es procedente o no solicitar la extradición, y, en caso afirmativo, remitirá copia de lo actuado al Ejecutivo Nacional".

Aunado a ello, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en un caso similar, estableció lo siguiente: "… conforme a las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal, en la causa ya fue presentada acusación formal por el Ministerio Público, contra los otros imputados. Debe acotarse que específicamente contra el ciudadano… no ha sido presentada, ya que su evasión del país ocasionó la total paralización del proceso, pero en la causa seguida por los hechos que le son imputados, sí fue presentada la acusación formal por parte del Ministerio Público, como acto conclusivo de la investigación…

*La declaratoria de procedencia de la presente extradición se basa en el hecho que, contra el ciudadano… concurren fundados elementos de convicción (descritos en la solicitud y orden de aprehensión) para estimar que ha sido autor o partícipe en la comisión del delito de **HOMICIDIO INTENCIONAL CALIFICADO**, contemplado en el artículo 408 ordinal 1º del Código Penal (hoy derogado). Aunado a ello se evadió totalmente del proceso al haber salido del territorio nacional y se tiene noticias que se encuentra detenido en el Líbano. Por otra parte, consta en el expediente que contra el referido ciudadano pesa orden de aprehensión, solicitada por el Ministerio Público y acordada por el Juez de Control, así como, que el representante del Ministerio Público presentó como acto conclusivo formal acusación en contra de los otros implicados, por los hechos imputados al referido ciudadano, quedando suspendido el proceso seguido en su contra por cuanto no se encuentra en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela…".* (Sentencia N° 036 del 31 de enero de 2008).

Cabe advertir, como se indicó anteriormente, que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Jurisprudencia reiterada ha señalado que la extradición activa procede en el caso de que sólo exista una orden de aprehensión contra el ciudadano solicitado. Tal criterio fue subsumido en la reforma del Código Orgánico Procesal Penal publicada en Gaceta Oficial N° 5.984 del 26 de agosto de 2008 que regula en el artícu-

lo 392 lo siguiente: *"Cuando el Ministerio Público tuviere noticias de que un imputado al cual ha sido acordada medida cautelar de privación de libertad se halla en país extranjero, solicitará al Juez de Control inicie el procedimiento de la extradición activa. A tales fines, el tribunal de la causa se dirigirá al Tribunal Supremo de Justicia, quien dentro del lapso de treinta días contados a partir de la documentación pertinente y previa opinión del Ministerio Público, declarará si es procedente o no solicitar la extradición, y en caso afirmativo, remitirá copia de lo actuado al Tribunal Supremo de Justicia…".*

Es oportuno hacer referencia, que entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Italia, existe un tratado de Extradición, suscrito en Caracas el 23 de agosto de 1930 (Aprobación legislativa: 23 de junio de 1931. Ratificación ejecutiva: 23 de diciembre de 1931. Canje de ratificaciones: en Roma, el 4 de marzo de 1932) el cual dispone en sus artículos 1, 2, y 9 lo siguiente:

Artículo 1°: *"Las Altas Partes Contratantes se comprometen a hacer buscar, arrestar y entregarse recíprocamente las personas que, sindicadas o condenadas por la competente autoridad judicial de uno de los dos países, por alguno de los delitos indicados en el artículo siguiente, se encontraren en el territorio de otro".*

Artículo 2°: *"Se concederá la extradición de los autores y cómplices de delitos comunes, condenados a una pena restrictiva de libertad personal no inferior a seis meses, o a quienes, según la ley del Estado requirente, pueda aplicárseles una pena restrictiva de la libertad personal no inferior a un año. Podrá concederse la extradición, en vista de circunstancias particulares, aun por delitos no comprendidos en la primera parte del presente artículo, cuando lo permitan las leyes de los Estados contratantes".*

Artículo 9°: *"La extradición se acordará sobre la base de una sentencia condenatoria o de un auto de prisión o cualquiera otra providencia equivalente al auto, que deberá indicar la naturaleza y la gravedad del hecho, y las disposiciones de las leyes penales aplicadas o aplicables…".*

Visto lo anterior y, en cumplimiento con los supuestos requeridos en el artículo 392 del Código Orgánico Procesal Penal

para la procedencia de la Extradición Activa, la Sala observa que en el presente caso: la Fiscalía del Ministerio Público solicitó la medida privativa judicial preventiva de libertad contra el ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN, la cual fue acordada por el Juzgado Trigésimo Cuarto de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en los indicados artículos del Código Penal y del Código Orgánico Procesal Penal; en el Tratado de Extradición suscrito entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Italia, aunado al principio de reciprocidad internacional y en las actuaciones que constan en el expediente, estima procedente solicitar al Gobierno de la República de Italia la extradición del ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN, por los delito imputados y en base a los cuales le fue decretada medida de privación judicial preventiva de libertad, ya que su evasión ha ocasionado que la causa seguida en su contra se paralizara en esa etapa procesal.

En ese punto resulta oportuno acotar, que tal como lo ha establecido la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en reiterada jurisprudencia y el artículo 392 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano vigente; así como también el artículo 9 del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela e Italia, del 23 de agosto de 1930, la extradición se acordará sobre la base de una sentencia condenatoria o de un auto de prisión o cualquier otra providencia equivalente al auto.

Como colorario de lo anterior, el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), en sus artículos 352, 354 y 365 disponen que: *"… Artículo 352: La extradición alcanza a los procesados o condenados como autores, cómplices o encubridores de delito.*

Artículo 354: Asimismo se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados, según su calificación provisional o definitiva por el juez o tribunal competente del Estado que solicita la extradición, no sea menor de un año de privación de libertad o que esté autorizada o acordada la prisión o detención preventiva del procesado, si no hubiere aún sentencia firme. Esta debe ser de

privación de libertad... (Omissis)....

Artículo 365: Con la solicitud de extradición deben presentarse: 1. Una sentencia condenatoria o un mandamiento o auto de prisión o un documento de igual fuerza...".

Es oportuno resaltar que (tal como se encuentra establecido en el Tratado de Extradición suscrito entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Italia) nuestro país también ha suscrito varios Tratados de Extradición, en los que la misma procede sólo con el auto de aprehensión o arresto, siendo alguno de ellos:

Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y Bélgica, del 13 de marzo de 1884, cuyo artículo 10, consagrada la procedencia de la extradición: *"... Si se trata de un delincuente o de un acusado, la extradición será concedida en virtud de presentación, ya del auto de arresto, ya de otro acto que tenga la misma fuerza, ya del auto de remisión o de acusación, ya de cualquier otro acto en que se decrete formalmente la entrega del delincuente ante la jurisdicción, siempre que estos actos, mandatos, ordenanzas o autos, emanen de autoridades competentes...".*

Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela, Ecuador, Bolivia, Perú y Colombia, del 18 de julio de 1911, en su artículo 8: *"... La solicitud de extradición deberá estar acompañada de la sentencia condenatoria si el prófugo hubiese sido juzgado y condenado; o del auto de detención dictado por el Tribunal competente...".*

Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y Francia, del 23 de marzo de 1853, artículo 3: *"...Los documentos que deberán presentarse en apoyo de la demandas de extradición, serán el mandato de arresto librado conforme a las leyes del país cuyo gobierno pide la extradición...".*

Conforme a lo anterior, la declaratoria de procedencia de la presente extradición se basa en el hecho de que contra el ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN, concurren fundados elementos de convicción para estimar que ha sido autor o partícipe en la comisión de los delitos de APROPIACIÓN Y DISTRACCIÓN DE RECURSOS DE UNA INSTITUCIÓN FINAN-

CIERA y FRAUDE DOCUMENTAL EN GRADO DE CONTINUIDAD, tipificados en los artículos 432 y 433 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, respectivamente, en perjuicio del Banco Occidental de Descuento, quedando suspendido el proceso seguido en su contra por cuanto no se encuentra en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela.

Aunado a ello la medida preventiva judicial privativa de libertad hasta la presente fecha no se ha podido ejecutar en virtud de que el referido ciudadano salió del territorio nacional, tal como consta en los movimientos migratorios presentados ante la Sala de Casación Penal por la Dirección Nacional de Migración y Zonas Fronterizas el 25 de septiembre de 2008.

Por todo lo antes señalado, la Sala considera que la presente solicitud de extradición, cumple con los requisitos necesarios para su procedencia, es decir, se encuentra vigente un Tratado de Extradición entre los países partes de la presente extradición; los delitos imputados al ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN, se encuentran tipificados tanto en la República Bolivariana de Venezuela como en la Legislación del Gobierno de Italia, por lo que se verifica la doble incriminación; la pena que para el mismo se establece no excede los treinta (30) años ni la condena a pena perpetua; no se encuentra prescrita la acción penal y además, la calificación jurídica dada a los hechos no constituyen delitos políticos ni conexos con estos. Así se decide.

En consecuencia, la Sala acuerda procedente solicitar la EXTRADICIÓN del ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN a la República de Italia. Así se decide

6.3.4.3.- Garantía de los derechos del solicitado

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 42, Fecha: 09/05/2005

La Sala de Casación Penal de la extinta Corte Suprema de Justicia, el 6 de diciembre de 1996, declaró procedente la extradición del ciudadano José Bouza Izquierdo, de nacionalidad española, en virtud de una solicitud realizada por el Juzgado Quin-

to de Primera Instancia en lo Penal Bancario y Salvaguarda del Patrimonio Público con Competencia Nacional, por la comisión de actos violatorios de las obligaciones del fiduciario, tipificado en el artículo 293 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. En consecuencia, ordenó que se realizaran todas las tramitaciones necesarias para solicitarle al Gobierno del Reino de España la extradición del mencionado ciudadano.

El 25 de enero de 2005, se recibió en esta Sala el oficio Nº 136, suscrito por la ciudadana abogada Mercedes E. Gómez Castro, adscrita a la Dirección General de Justicia y Culto del Ministerio del Interior y Justicia, en el que se anexó una copia simple de la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional del Reino de España*, que declaró "...procedente la extradición del Recurrente a Venezuela...".* En este caso, el ciudadano José Bouza Izquierdo.

Así mismo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del Reino de España, dictó una providencia el 24 de noviembre de 2004, solicitándole al Gobierno de Venezuela las garantías suficientes para que, en el caso de que el reclamado fuera privado de su libertad, se cumplieran de forma efectiva el respeto de los derechos humanos y con la condición impuesta conforme al artículo 11.2 del Tratado Bilateral de Extradición.

Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en sus artículos 19 y 272 lo siguiente:

Artículo 19:

"El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependencia de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen".

Artículo 272:

"El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la

recreación; funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estadales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las formulas de cumplimiento de pena no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico."

De lo que se desprende que el Estado Venezolano garantiza los derechos humanos y los principios fundamentales del sistema penitenciario. En relación con esta causa se reafirma el cumplimiento y respeto del Tratado de Extradición Hispano-Venezolano, suscrito en el año 1990, en el cual se garantizan los derechos humanos de los ciudadanos que son objeto de procesos de extradición.

Igualmente, la República Bolivariana de Venezuela es signataria de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y Recomendaciones Relacionadas. (Nueva York 1958).

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, deja constancia de que se encuentra garantizado el respeto a los derechos humanos de los reclusos, y en este caso, el del ciudadano José Bouza Izquierdo.

6.4.- Principios en materia de extradición

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 112, 27/04/2010

Respecto a la extradición, el Estado venezolano obra con un alto sentido de responsabilidad. En efecto, por una parte acepta la extradición como una obligación moral conforme al Dere-

cho Internacional, pero se reserva la más absoluta libertad en la apreciación para concederla o negarla, tomando en cuenta si en el caso concreto se contrarían los principios de nuestra legislación nacional o no estuviese conforme con la razón y la justicia.

En tal sentido, los artículos 6 del Código Penal y 391 al 399 del Código Orgánico Procesal Penal, recogen los principios básicos que en materia de extradición establece el derecho positivo venezolano.

Al respecto, el artículo 6 del Código Penal, con relación a la procedencia de la extradición de un extranjero, establece lo siguiente: *"...La extradición de un extranjero no podrá tampoco concederse por delitos políticos ni por infracciones conexas con estos delitos, ni por ningún hecho que no esté calificado de delito por la ley venezolana.*

La extradición de un extranjero por delitos comunes no podrá acordarse sino por la autoridad competente, de conformidad con los trámites y requisitos establecidos al efecto por los Tratados Internacionales suscritos por Venezuela y que estén en vigor y, a falta de éstos, por las leyes venezolanas.

No se acordará la extradición de un extranjero acusado de un delito que tenga asignada en la legislación del país requirente la pena de muerte o una pena perpetua".

En síntesis, al analizar la documentación enviada por el Gobierno requirente, se evidencia, que en el presente caso se cumplen los principios generales que regulan la materia de extradición en nuestro país. Así nos encontramos que: a) Principio de la doble incriminación: De acuerdo a este principio, el hecho que origina la extradición debe ser constitutivo de delito tanto en la legislación del Estado requirente como en la legislación del Estado requerido, y tal como quedó establecido en el presente caso, el delito de VIOLACIÓN se encuentra tipificado en las legislaciones de ambos países; b) Principio de la mínima gravedad del hecho: De acuerdo al cual sólo procede la extradición por delitos y no por faltas, y en el caso que nos ocupa la extradición fue solicitada por la comisión de dos delitos; c) Principio de la especialidad: De acuerdo al cual el sujeto extraditado no puede ser juzgado por un delito distinto al que motivó la extradición, cometido con anterioridad a la solici-

tud, y en el presente caso la extradición debe concederse única y exclusivamente por los dos delitos de VIOLACIÓN que motivaron la solicitud; d) Principio de no entrega por delitos políticos: De acuerdo al cual se prohíbe la entrega de sujetos perseguidos por delitos políticos, y en el presente caso se dejó claramente establecido que los delitos que motivaron la solicitud no son políticos ni conexos con éstos; e) Principio de la no entrega del nacional: Según el cual el Estado Requerido no entregará a sus nacionales, y en el presente caso, se solicita a la República Bolivariana de Venezuela la extradición de un ciudadano extranjero de nacionalidad británica; f) Principios relativos a la acción penal: De acuerdo a los cuales no se concederá la extradición si la acción penal o la pena han prescrito conforme a la ley del Estado requirente o del Estado requerido, y en el presente caso se dejó constancia que no consta ningún elemento que acredite la prescripción; g) Principios relativos a la pena: Según los cuales no se concederá la extradición por delitos que tengan asignada en la legislación del Estado requirente la pena de muerte o una pena perpetua, y tal como se determinó en el presente caso el ciudadano requerido fue condenado a cumplir la pena de SIETE (7) AÑOS DE CÁRCEL.

En virtud de todo lo expuesto, la Sala DECLARA PROCEDENTE la extradición del ciudadano NICHOLAS IAN HUGHES, de nacionalidad británica, nacido en Otley, Yorkshire, Reino Unido de Gran Bretaña, el 11 de marzo de 1960, con pasaporte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Nº 018792161, actualmente recluido en la Brigada de Acciones Especiales (BAE) del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, solicitada por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña, por los dos delitos de VIOLACIÓN, cometidos en perjuicio de los ciudadanos Paul Taylor y Luke Breton, en contravención del artículo 1 (1) de la Ley de Delitos Sexuales de 1956. Así se decide.

6.4.1.- *Prohibición de Extradición de venezolanos.* Improcedencia de extraditar venezolanos.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 322, 13/07/2006

Ahora bien, la Sala observa, que del examen de los requisitos de procedencia de la extradición, el aparte in fine del artículo

69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 6 del Código Penal, señalan la prohibición de extraditar a otros países a ciudadanos cuya nacionalidad sea la venezolana.

En efecto, la nacionalidad venezolana del ciudadano Carlos Ojeda Herrera, está acreditada en el expediente, con los siguientes documentos: declaración de voluntad de ser venezolano, de conformidad con lo previsto en el ordinal 3º del artículo 35 de la Constitución Nacional de 1961, autenticada en la Notaría Pública Primera del Estado Táchira, el 10 de enero de 1975, bajo el número 60, tomo 1, cursante en los folio 185 y 186 del expediente; copia certificada de la partida de nacimiento del ciudadano Pacífico del Carmen Ojeda Contreras, inserta en Libro de Registro Civil de Nacimientos, correspondiente al Municipio Vargas del Distrito Jáuregui del Estado Táchira, número 150, Tomo 1, folio 64 y vuelto del año 1914, inserta en los folios 183 y 184 del expediente, correspondiente al padre del requerido y la Cédula de identidad Nº 9.205.977, inserta en original en el folio 132 del expediente.

De igual forma, se observa, que la nacionalidad venezolana no fue adquirida con el propósito de obstaculizar el procedimiento de extradición solicitado, a raíz de los hechos punibles investigados a partir del año 2000 en el Estado requirente. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 6 del Código Penal, es forzoso para la Sala, declarar sin lugar la extradición del ciudadano Carlos Ojeda Herrera a los Estados Unidos de América. Así se Declara.

No obstante la anterior declaratoria, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, observa lo siguiente:

1) Que los delitos relacionados con el tráfico y venta de sustancias estupefacientes y psicotrópicas son pluriofensivos, ya que atentan gravemente contra la integridad física, mental y económica de un número indeterminado de personas a nivel nacional e internacional, y de igual forma generan violencia social en los países donde se despliega dicha acción delictual.
2) Que el artículo 152 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece, que las relaciones

internacionales de la República Bolivariana de Venezuela están orientadas al bienestar de la humanidad.

3) Que el tráfico y venta ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, son considerados por la Sala, como delitos de lesa humanidad, cuya impunidad debe evitarse conforme a los principios y declaraciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas, Única de 1961 Sobre Estupefacientes; Convenio de 1971 Sobre Sustancias Psicotrópicas, Convención de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

4) Que del artículo 16.10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por la República Bolivariana de Venezuela y los Estados Unidos de América, en concordancia con el artículo 6 del Código Penal, se desprende la aplicación del principio de la jurisdicción universal, según el cual un Estado puede perseguir, investigar y juzgar a los autores de delitos cometidos de lesa humanidad, independientemente de cual sea su nacionalidad y donde se haya cometido el hecho punible, cuando no proceda la extradición.

En razón de todo lo anteriormente señalado y conforme a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, del cual son signatarios la República Bolivariana de Venezuela y los Estados Unidos de América, se insta al Gobierno de los Estados Unidos de América, en base al principio de reciprocidad y cooperación internacional, a consignar ante el Ministerio Público de la República Bolivariana de Venezuela, los elementos probatorios, a fin de que se inicie la investigación respectiva con respecto a los hechos siguientes:

"… Ojeda Herrera es el jefe de una organización de traficantes de drogas radicada en Venezuela y especializada en el transporte de cocaína y heroína. Desde alrededor del mes de noviembre de 2000 hasta mayo de 2002 la organización 'OJEDA-HERRERA' transportó de Venezuela a Estados Unidos diversos alijos de heroína y cargamentos de varios cientos de kilos de cocaína en barcos de vela. La organización 'OJEDA HERRERA' transporta la cocaína y la heroína oculta en baterías de camión. Ambas drogas se embalan en tabletas de 250 g y se introducen en las baterías. Cada batería contiene unos 9,5 kg de una de las dos

drogas. Pese a estar cargadas de droga, las baterías funcionan perfectamente. En diciembre de 1999 la organización efectuó un viaje de prueba de Venezuela a Puerto Rico con una de tales baterías para comprobar si el método de contrabando podía funcionar. LORENTE transportó el alijo hasta Fajardo/Puerto Rico, para su posterior distribución a varios clientes locales de la organización. En junio de 2000 la organización dio instrucciones a LORENTE para que transportara a Puerto Rico cuatro baterías cargadas con 32 kg de heroína. En julio o agosto de 2001, le ordenó que transportara de Venezuela a Puerto Rico 30 Kg. de cocaína 'OJEDA HERRERA', LORENTE transportó a Puerto Rico 6 baterías con unos 35 kg. De heroína en su interior…".

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 532, 21/10/2009

En la oportunidad de decidir, esta Sala observa:

La parte actora solicitó a esta Sala Constitucional el ejercicio de la facultad de revisión concedida por el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y consagrada en el artículo 5 numeral 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, con respecto a la decisión N° 304 dictada el 1 de julio de 2008, por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, la cual negó la solicitud de extradición realizada por el Gobierno de los Países Bajos en relación con el ciudadano Addison Tadeo Díaz Van Der Hansz, en consecuencia, ordenó la libertad plena del referido ciudadano.

Al respecto, esta Sala ha señalado su potestad discrecional de revisar sentencias, en efecto, en el caso 'Corpoturismo' se señaló que dicha norma constitucional -que consagra la facultad de revisión como discrecional- es '(…) una potestad estrictamente excepcional, extraordinaria y discrecional', por ello '(…) en lo que respecta a la admisibilidad de tales solicitudes de revisión extraordinaria esta Sala posee una potestad discrecional de admitir o no admitir el recurso cuando así lo considere', así '(…) la Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión '(…) sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha

de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales' (…)'.

Así, la discrecionalidad que se le atribuye a la facultad de revisión constitucional, no debe entenderse como una nueva instancia y, por lo tanto, la solicitud en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, así como cuando se contraríen los criterios vinculantes de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, lo que será determinado por la Sala en cada caso, siendo siempre facultativo de ésta su procedencia.

En tal sentido, señaló la representante del Ministerio Público en su solicitud de revisión de sentencia, destacó que la decisión de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, vulneró la seguridad jurídica al suscitarse una contradicción entre la decisión que se profirió en el acta de la audiencia y el fallo publicado in extenso.

En efecto, -según adujo la Fiscal del Ministerio Público- durante la celebración de la audiencia pública, se declaró 'improcedente' la solicitud de extradición formulada por el Gobierno de los Países Bajos con relación al ciudadano Addison Tadeo Díaz Van Der Hansz, siendo que se acordó pasar el caso a la jurisdicción venezolana, sin embargo, en la publicación del extenso del fallo si bien se negó la solicitud de extradición, se acordó la libertad plena del referido ciudadano.

Ahora bien, a manera ilustrativa conviene señalar que la extradición ha sido definida como un instrumento de cooperación internacional en la lucha contra el delito, a manera que no pueda verse favorecida la impunidad en virtud de la soberanía de los Estados o su territorialidad.

En efecto, el artículo 5 numeral 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, señala lo siguiente:

'Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República (…).

38. Declarar si hay o no lugar para solicitar o conceder la ex-

tradición en los casos previstos por los Tratados o Convenios Internacionales o autorizados por la Ley (...)'.

De lo anterior se colige que el Tribunal Supremo de Justicia es el competente para conocer de las solicitudes de extradición realizadas por otras Estados y una vez admitida la solicitud de extradición -pasiva- por la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal, se convocará a una audiencia oral dentro de los treinta días siguientes a la notificación del solicitado, en la cual deberán concurrir el solicitado y su defensor, el representante del Ministerio Público y el representante del Gobierno requirente, en tal sentido, las partes expondrán a tal efecto sus alegatos y una vez finalizada la audiencia oral, la referida Sala decidirá en un plazo de quince días si concede o niega la extradición.

Ahora bien, circunscribiéndonos al caso concreto, se observa que el 7 de abril de 2008, tuvo lugar la celebración de la audiencia oral ante la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión a la solicitud de extradición del ciudadano Addison Tadeo Díaz Van Der Hansz, por parte del Gobierno de los Países Bajos, siendo que se procedió -según se desprende de los autos- a negar la solicitud de extradición en cuestión, por tratarse el presunto implicado de un ciudadano venezolano por nacimiento, según el artículo 32 numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 9 numeral 3 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, esto es, por ser hijo de padre venezolano, habiendo manifestado su voluntad de adquirir la nacionalidad mediante declaración notariada, en tal sentido, se ordenó la remisión del expediente a la jurisdicción venezolana y, en consecuencia, remitir el expediente al Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

No obstante, el 1 de julio de 2008 la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, publicó el extenso del fallo dictado con ocasión a la celebración de la audiencia de extradición, negando la solicitud de extradición del ciudadano Addison Tadeo Díaz Van Der Hansz al Gobierno de los Países Bajos y acordó la libertad plena del solicitado.

Así, conforme al artículo 370 del Código Orgánico Procesal Penal, el valor del acta de debate constituye un documento levantado por el Secretario (a) del órgano jurisdiccional, que contiene el

desarrollo del juicio, mediante el cual se deja constancia -previo cumplimiento de formalidades- de todos los pormenores del debate oral, sus intervinientes y relación de los hechos de manera sucinta, así como del dispositivo acordado.

De modo que, la sentencia debe basarse en lo sucedido durante la audiencia, es decir, debe fundamentarse en el desarrollo del acto, por ello, cuando hubiere sido dictado el dispositivo de la decisión en el acta de audiencia oral, el órgano jurisdiccional deberá publicar el extenso del fallo guardando similitud entre lo decidido durante el debate y la publicación de la decisión, a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso de las partes, lo contrario constituiría una inseguridad jurídica en detrimento de la fe pública, pues el acto de audiencia oral permite a las partes conocer abiertamente del asunto y los planteamientos en torno al caso, así como las decisiones que hubiere tomado el tribunal al respecto.

Tal circunstancia no es ajena a los procesos de extradición, pues conforme al artículo 399 del Código Orgánico Procesal Penal, debe celebrase una '(…) audiencia oral dentro de los treinta días siguientes a la notificación del solicitado. A esta audiencia concurrirán el representante del Ministerio Público, el imputado, su defensor y el representante del gobierno requirente, quienes expondrán sus alegatos. Concluida la audiencia, el Tribunal Supremo de Justicia decidirá en un plazo de quince días (…)'.

En efecto, circunscribiéndonos al caso concreto esta Sala observa una evidente disparidad entre el dispositivo de la decisión de la solicitud de extradición dictado en la audiencia oral y el extenso del fallo, a saber, en la audiencia oral se ordenó la remisión del caso a los tribunales ordinarios nacionales para los fines consiguientes, mientras que en el extenso del fallo, se negó la solicitud de extradición formulada y se ordenó la libertad plena del solicitado.

Por ello, siendo que el presente caso versa sobre una solicitud de extradición formulada por el Gobierno de los Países Bajos, habiéndose celebrado ante la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, un acto de audiencia oral donde las partes expusieron sus alegatos y pruebas, lo cual merece fe pública, a criterio de esta Sala Constitucional, no ha debido el extenso del

fallo declarar 'la libertad plena' del solicitado, pues corresponderá al juez de la causa emitir el correspondiente pronunciamiento en caso de existencia de alguna medida, conforme al fallo de extradición dictado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia . Así se declara.

Por otro lado, la Sala observa que el presente caso trata de una solicitud de extradición por motivo de '(…) participación en un intento de asesinato y participación en la infracción de la prohibición establecida en el artículo 3, apartado 1 de la Ordenanza de 1930 sobre Armas de Fuego (…)', se evidencia de las afirmaciones realizadas por la representante del Ministerio Público, que '(…) la Coordinación de Asuntos Internacionales del Ministerio Público en fecha 07 de marzo de 2007, recibe un fax (…) procedente de la Embajada del Reino de los Países Bajos informando de la existencia de una orden de captura en contra del ciudadano ADISSON TADEO DÍAZ VAN DER HANSZ, por la presunta comisión de los delitos relacionados con el Tráfico de Estupefacientes (…)'.

De allí que no puede esta Sala dejar pasar por alto la realidad que perturba no solo a nuestra sociedad sino al mundo entero, visto el incremento del tráfico y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ello a pesar de los grandes esfuerzos que realizan los Gobiernos para combatir este tipo de delitos, que afectan los cimientos de la sociedad y las estructuras de los Estados, siendo que constituye un compromiso de los órganos venezolanos de administración de justicia, reforzar la lucha permanente contra el tráfico y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, por lo que deben realizarse todas las gestiones necesarias para que las actividades ilícitas relacionadas con este tipo de delitos no queden impunes.

No obstante, en el caso bajo examen, se evidencia del fallo objeto de revisión que la solicitud de extradición se realizó por la presunta comisión del delito de homicidio intencional calificado en grado de frustración, por lo que -según se afirma al folio 28 del expediente- existió una solicitud de aprehensión de fecha 14 de septiembre de 2007 contra el ciudadano Addison Tadeo Díaz Van Der Hansz, por parte del Fiscal Séptimo del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena (E) ante el Juez de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

De manera que, esta Sala Constitucional ve con preocupación que las declaratorias de 'libertad plena' en los procesos de extradición, sean interpretadas como una absolución de los delitos presuntamente cometidos, pues -de ser el caso- en los supuestos en los que se niegue la extradición, por ejemplo: por motivos de la nacionalidad del imputado, corresponderá a la jurisdicción venezolana realizar todas las gestiones pertinentes para lograr la sanción de los hechos delictuales cometidos por los presuntos involucrados o declarar la correspondiente absolución, por lo tanto, se exhorta a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, para que realice las consideraciones pertinentes a los fines de evitar declaratorias de libertad plena, que sean entendidas como una absolución de los delitos presuntamente cometidos en el territorio extranjero.

Así, en el caso de marras se observa que el fallo objeto de revisión negó la solicitud de extradición y otorgó la libertad plena del ciudadano Addison Tadeo Díaz Van Der Hansz, pese a que durante la celebración de la audiencia pública, aun cuando se negó la solicitud de extradición formulada por el Gobierno de los Países Bajos, se acordó pasar el caso a la jurisdicción venezolana, en tal sentido, considera esta Sala Constitucional que con tal discrepancia se vulneró el derecho constitucional al debido proceso de la solicitante. Así se declara.

En consecuencia, esta Sala Constitucional declara ha lugar la solicitud de revisión y se anula el fallo N° 304 del 1 de julio de 2008 dictado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ***por lo que se ordena dictar un nuevo fallo in extenso conforme al dispositivo dictado en la audiencia de extradición*** *seguida al ciudadano Addison Tadeo Díaz Van Der Hansz, sin que se entienda la revocatoria de las medidas que se encuentren vigentes en su contra, con especial señalamiento en que la Vindicta Pública deberá solicitar ante los órganos jurisdiccionales competentes y velar por el cumplimiento de todas las medidas que consideren necesarias, a los fines de evitar posibles situaciones de impunidad. Así se decide.*

Aunado a lo anterior, debe advertirse que la jurisdicción venezolana conforme a lo establecido en el artículo 6 del Código Penal, podrá realizar las actuaciones pertinentes conforme a lo estable-

cido en los tratados internacionales sobre la materia en cuanto le sean aplicables (Acuerdo sobre el Traslado de Personas Sentenciadas del 8 de octubre de 1996, -suscrito entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos- y el Convenio sobre el Traslado de Personas Condenadas, firmado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, el cual entró en vigor en la República Bolivariana de Venezuela el 1 de octubre de 2003 y siendo que para las Antillas Holandesas y Aruba se realizó una extensión el 28 de febrero de 1996), a los fines de evitar un potencial fraude a la ley que devenga en una posible situación de impunidad. Así se declara

Por último, siendo que la representación del Ministerio Público ha señalado que el ciudadano Addison Tadeo Díaz Van Der Hansz, era nacional de Curazao para el momento en el cual ocurrieron los hechos delictivos y, que una vez producida la fuga del Centro de Reclusión, es cuando éste inicia el trámite para reivindicar su nacionalidad venezolana, debe destacar la Sala que en caso de existir un presunto fraude, éste deberá dilucidarse conforme a lo establecido en la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía. Así se decide.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 655, Fecha: 02/12/2008

De lo anterior se desprende que el ciudadano CARLOS ALBERTO ACEVEDO LIEVANO, está siendo juzgado ante las autoridades judiciales colombianas por la supuesta comisión del delito de SECUESTRO EXTORSIVO AGRAVADO, tipificado en el artículo 169, en relación con los numerales 6 y 8 del artículo 170, ambos del Código Penal Colombiano, en concurso con el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, tipificado en el artículo 340 “eiusdem”, agravado por los incisos 2 y 3 del referido artículo, por haber participado, según la opinión de la fiscalía colombiana, como coautor en el secuestro del ciudadano HUGO ANTONIO COMBARIZA RODRÍGUEZ, cometido en la ciudad de Cúcuta, Colombia, el 25 de noviembre de 2003, por supuestos paramilitares de la zona.

La Sala Penal deja constancia que para el momento en que ocurrieron los hechos imputados por la fiscalía colombiana al

ciudadano CARLOS ALBERTO ACEVEDO LIEVANO, éste era sólo de nacionalidad colombiana.

Respetando el orden de los acontecimientos, la Sala encontró que el ciudadano CARLOS ALBERTO ACEVEDO LIEVANO, adquirió la nacionalidad venezolana, el 5 de abril de 2005, mediante una carta de naturaleza expedida por el Gobierno venezolano, en Gaceta Oficial número 5767, Extraordinaria.

Ahora bien, en cuanto a la extradición de venezolanos o venezolanas, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 69 establece:

"*Artículo 69. La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio.*

***Se prohíbe la extradición de venezolanos y venezolanas*".**

Sin embargo, la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en el marco de las exigencias del actual Derecho Penal Internacional decidió -a través de reciente jurisprudencia- mejorar la institución de la extradición mediante la superación de obstáculos para su viabilidad y mediante la cooperación judicial internacional.

En ese sentido, en casos como éstos, donde ciudadanos extranjeros adquieren la nacionalidad venezolana con posterioridad a la comisión de graves delitos (terrorismo, tráfico de sustancias estupefacientes y los catalogados como de delincuencia organizada, entre otros) fuera del territorio de la República, con la clara intención de obstaculizar un eventual proceso de extradición, la Sala Penal ha decidido entregar (cuando así le sea requerido) a quienes se presume han trasgredido los intereses y valores fundamentales de una nación.

En efecto, la sentencia número 464 del 12 de agosto de 2008, caso: JOSEPH GERGES EL CHABAB, quien originariamente era libanés y fue solicitado por la República de Bélgica, la Sala Penal resolvió:

"*…De la sentencia que ha quedado transcrita supra, se desprende que el ciudadano JOSEPH GERGES EL CHABAB era únicamente*

de nacionalidad libanesa para el momento en que ocurrieron los hechos, esto es en el año 2004.

Por otra parte, la Sala encontró que el 14 de diciembre de 2005 el ciudadano libanés JOSEPH GERGES EL CHABAB obtuvo por parte del Ministerio del Interior y Justicia, una carta de naturaleza que lo acredita como ciudadano venezolano, tal como consta en la Gaceta Oficial número 5.793 de esa misma fecha, que se encuentra inserta en el expediente en copia certificada.

La anterior situación, es decir, el hecho de que el solicitado en extradición haya adquirido efectivamente la nacionalidad venezolana con posterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos que se le imputan, lo único que refleja es que dicho ciudadano actuó premeditadamente con el fin de evadir la justicia de ese país y obstaculizar un eventual proceso de extradición, a sabiendas de que en Venezuela está consagrado constitucionalmente el principio de la no entrega de nacionales…".

Pues bien, es menester -en esta oportunidad- reiterar el criterio jurisprudencial establecido en la sentencia supra transcrita, dado que se trata de un caso similar, en virtud de que el ciudadano CARLOS ALBERTO ACEVEDO LIEVANO, adquirió la nacionalidad venezolana en el año 2005, es decir, con posterioridad a la ocurrencia del hecho en el que presuntamente participó, que como ya fue expuesto esos hechos por los cuales el gobierno de la República de Colombia lo ha solicitado, ocurrieron en el año 2003.

Entre la República Bolivariana de Venezuela y las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, existe el Acuerdo Bolivariano sobre Extradición suscrito el 18 de julio de 1911 en Caracas, que en su artículo 2, establece los crímenes y delitos por los cuales se concederá la extradición de los individuos que **procesados** o condenados, por las autoridades judiciales de uno de cualquiera de los Estados contratantes, busquen asilo o se encuentren dentro del territorio de una de ellas, y, entre los cuales, se encuentran los delitos de SECUESTRO EXTORSIVO y CONCIERTO PARA DELINQUIR, atribuidos por la Fiscalía General Colombiana, al ciudadano CARLOS ALBERTO ACEVEDO LIEVANO, en la orden de detención preventiva, dictada el 4 de junio de 2007. En efecto, la mencionada disposición establece:

"Artículo 2. La extradición se concederá por los siguientes crímenes y delitos: (...)
7. Asociación de malhechores, con propósito criminal comprobado, respecto a los delitos que dan lugar a la extradición. (...)
11. La rapiña o la extorsión debidamente sentenciada por los Tribunales de Justicia, según la legislación respectiva.
24. Atentados contra la libertad individual y la inviolabilidad del domicilio, cometido por particulares".

En cuanto a los requisitos que deben acompañar la solicitud de extradición, el artículo 8 del Acuerdo dispone:

"Art. 8.- La solicitud de extradición deberá estar acompañada de la sentencia condenatoria si el prófugo hubiese sido juzgado y condenado; o del auto de detención dictado por el Tribunal Competente, con la designación exacta del delito o crimen que la motivaren, y de la fecha de su perpetración, así como de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado dicho auto, caso de que el fugitivo sólo estuviere procesado.

Estos documentos se presentarán originales o en copia, debidamente autenticada, y a ellos se agregará una copia del texto de la ley aplicable al caso, y en cuanto sea posible, las señas de la persona reclamada.

La extradición de los prófugos, en virtud de las estipulaciones del presente Tratado, se verificará de conformidad con las leyes de Extradición del Estado al cual se haga la demanda.

En ningún caso tendrá efecto la extradición si el hecho similar no es punible por la ley de la Nación requerida".

En este caso, como ya se mencionó consta en autos la orden de detención dictada por la Fiscalía General de Colombia, el 4 de junio de 2007, que contiene la mención exacta de los delitos que la motivan y la fecha en que supuestamente fueron perpetrados por el solicitado en extradición, así como las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se dictó dicho auto.

También aparece anexado al expediente, el Registro decadactilar del reclamado, emitido por la Dirección Nacional de Identificación de Colombia, con lo cual quedan satisfechos todos los requisitos previstos en el mencionado Acuerdo.

En cuanto a nuestra legislación interna, el artículo 6 del Código Penal Venezolano, exige:
"*La extradición de un extranjero no podrá concederse por delitos políticos ni por infracciones conexas con estos delitos, ni por ningún hecho que no esté calificado de delito por la ley venezolana.*

La extradición de un extranjero por delitos comunes no podrá acordarse sino por la autoridad competente, de conformidad con los tramites y requisitos establecidos al efecto por los Tratados Internacionales suscritos por Venezuela y que estén en vigor y, a falta de estos, por las leyes venezolanas.

No se acordará la extradición de un extranjero acusado de un delito que tenga asignada en la legislación del país requirente la pena de muerte o una pena perpetua".

El Código Penal colombiano estipula en los artículos 169, 170 y 340, la conducta supuestamente desplegada por el ciudadano CARLOS ALBERTO ACEVEDO LIEVANO, como SECUESTRO EXTORSIVO AGRAVADO y CONCIERTO PARA DELINQUIR, no siendo éstos (ni en Colombia ni en Venezuela) delitos políticos, ni infracciones conexas con ésos delitos. Además de ello, tales ilícitos están tipificados y sancionados en nuestra legislación.

En este sentido el artículo 169 del Código Penal colombiano, tipifica el delito de SECUESTRO EXTORSIVO y en el artículo 170 del mismo código, se enumeran las circunstancias agravantes. El SECUESTRO EXTORSIVO, está descrito así:

"Artículo 169. El que arrebate, sustraiga, retenga y oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga y omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de dieciocho (18) a veintiocho (28) años y multa de dos mil (2.000) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

El artículo 170 del Código Penal colombiano enumera las circunstancias de agravación punitiva, en este sentido estipula lo siguiente:

"Las penas señaladas en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

6. Cuando se cometa con fines terroristas. (…)
8. Cuando se afecten gravemente los bienes o la actividad profesional o económica de la víctima”.

El artículo 340, del Código Penal colombiano, tipifica el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, como se transcribe a continuación:

“Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferro y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir”.

Asimismo, el delito de SECUESTRO está previsto en el artículo 460 del Código Penal venezolano, así:

“***Quien haya secuestrado a una persona para obtener de ella*** *o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas,* ***títulos o documentos a favor del culpable o de otro que éste indique****, aún cuando no consiga su intento, será castigado con prisión de veinte años a treinta años. Si el secuestro se ejecutare por causar alarma, la pena será de diez años a veinte años de prisión.*

Quienes utilicen cualquier medio para planificar, incurrir, propiciar, participar, dirigir, ejecutar, colaborar, amparar, proteger o ejercer autoría intelectual, autoría material, que permita, faciliten o realicen el cautiverio, que oculten y mantengan a rehenes, que hagan posible el secuestro, extorsión y cobro de rescate, que ob-

tengan un enriquecimiento producto del secuestro de personas, por el canje de éstas por bienes u objetos materiales, sufrirán pena de prisión no menor de quince años ni mayor de veinticinco años, aún no consumado el hecho.

Parágrafo Primero: Los cooperadores inmediatos y facilitadotes serán penalizados de ocho años a catorce años de prisión. Igualmente, los actos de acción u omisión que facilite o permita estos delitos de secuestros, extorsión y cobro de rescate y que intermedien sin estar autorizados por la autoridad competente.

Parágrafo Segundo: La pena del delito previsto en este artículo se elevará en un tercio cuando se realice contra niños, niñas, adolescentes y ancianos, o personas que padezcan enfermedades y sus vidas se vean amenazadas, o cuando la víctima sea sometida a violencia, torturas, maltrato físico y psicológico. Si la persona secuestrada muere durante el cautiverio o a consecuencia de este delito, se le aplicará la pena máxima. Si en estos delitos se involucraran funcionarios públicos, la aplicación de la pena será en su límite máximo.

Parágrafo Tercero: Quienes recurran al delito de secuestro con fines políticos o para exigir liberación o canje de personas condenadas por Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, se les aplicará pena de doce años a veinticuatro años de prisión.

Parágrafo Cuarto. Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de la ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena". (Negrillas de la Sala Penal).

La Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, inscribe el delito de SECUESTRO como un delito de tal naturaleza, es así como el artículo 16 tipifica:

"***Se consideran delitos de delincuencia organizada*** *de conformidad con la legislación de la materia, además de los delitos tipificados en esta Ley, cuando sean cometidos por estas organizaciones, los siguientes:* (…)
12. La privación ilegítima de la libertad individual y el ***secuestro****.13. La* ***extorsión***". (Negrillas de la Sala Penal).

Por su parte, el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR previsto en la legislación penal colombiana, se encuentra establecido en nuestra legislación como ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR y dentro de la referida ley especial, que en su artículo 6 tipifica:

"*Quien forme parte de un grupo de delincuencia organizada para cometer uno o más delitos de los previstos en esta Ley, será castigado, por el hecho de la asociación, con pena de cuatro a seis años de prisión*".

Como puede evidenciarse se cumple a cabalidad el principio de la doble incriminación y aparte de ello, las penas establecidas en la legislación colombiana para tales delitos no comportan pena de muerte o perpetua y tampoco se encuentra prescrita la acción penal para perseguir esos delitos.

Ahora bien, en el presente caso, los hechos materia del proceso ocurrieron el 25 de noviembre de 2003, según se desprende de la resolución dictada por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, Unidad Nacional contra el Secuestro y la Extorsión, por lo que de acuerdo con la normativa correspondiente a la prescripción de la acción penal en la legislación venezolana, contenida en el artículo 108 (ordinales 1°, 2° y 3°) del Código Penal, la acción penal en el presente caso no ha prescrito.

El numeral 3 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece

"La libertad personal es inviolable, en consecuencia:

3. La pena no puede trascender de la persona condenada. No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no ***excederán de treinta años****".*

Igualmente el artículo 271 de la Constitución establece:

"En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos,

o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpuestas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil." (Subrayado de la Sala).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Supremo de Justicia considera procedente conceder la extradición del ciudadano CARLOS ALBERTO ACEVEDO LIEVANO, solicitada por el gobierno de la República de Colombia, por tratarse de un extranjero cuya detención expresa ha ordenado la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, Unidad Nacional contra el Secuestro y la Extorsión, autoridad competente para ello, por los delitos de SECUESTRO EXTORSIVO AGRAVADO y CONCIERTO PARA DELINQUIR, pues estos no son delitos políticos, ni conexos con éstos; están sancionados por las legislaciones internas tanto del país requerido, la República Bolivariana de Venezuela, como el requirente, la República de Colombia; están establecidos en el Tratado de Extradición como delitos que dan lugar a la misma; no están prescritas sus acciones y no comportan para el requirente pena de perpetua o muerte.

La Sala, para proceder ajustada a la disposición constitucional citada con antelación, señala de manera expresa que se concede la extradición del ciudadano CARLOS ALBERTO ACEVEDO LIEVANO, sólo por la presunta comisión de los delitos de SECUESTRO EXTORSIVO AGRAVADO y CONCIERTO PARA DELINQUIR.

Asimismo, la Sala Penal hace constar que los jueces naturales del ciudadano CARLOS ALBERTO ACEVEDO LIEVANO, están en Colombia, porque fue allí donde ocurrieron los hechos que se investigan para determinar si en realidad hubo la autoría y culpabilidad del mencionado ciudadano. Por consiguiente, es allá donde pudieran encontrarse las pruebas de los delitos imputados al ciudadano ACEVEDO LIEVANO.

Igualmente, la Sala advierte que la pena a aplicársele, en caso de que sea comprobada su responsabilidad penal, no deberá exceder de treinta años, según lo consagrado en el numeral 3 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

Por último, la Sala Penal ordena oficiar al ciudadano Procurador General de la República Bolivariana de Venezuela, para que realice las diligencias pertinentes, a los fines de verificar si se cumplieron o no los requisitos constitucionales y legales que exigía la Jefatura Plan Nacional Decreto 2823, para adquirir la nacionalidad venezolana. Así se decide.

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 348 Fecha: 01/07/2008

Del estudio realizado al escrito emanado del Tribunal de Apelación Común de las Antillas Holandesas y Aruba, se desprende que los hechos punibles por los cuales está siendo enjuiciado el ciudadano Addison Tadeo Díaz Van Der Hansz es el de "*... participación en un intento de asesinato y participación en la infracción de la prohibición establecida en el artículo 3, apartado 1 de la Ordenanza de 1930 sobe Armas de Fuego...*" los que, evidentemente no constituyen delitos políticos, ni infracciones conexas con estos delitos.

2.- PENALIDAD

La sanción asignada al delito, no comporta la pena de muerte o una pena perpetua.

En efecto, consta en el expediente, que la pena impuesta al ciudadano Addison Tadeo Díaz Van Der Hansz, no es de muerte ni privativa de la libertad que sobrepase los treinta (30) años, lo cual concuerda perfectamente con nuestra legislación vigente en la materia, según lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, numeral 3 en concordancia con el artículo 94 del Código Penal Venezolano.

3.- DOBLE INCRIMINACIÓN DEL HECHO

Los hechos atribuidos al ciudadano Addison Tadeo Díaz Van Der Hansz, no revisten carácter político ni conexo, pues los mismos se subsumen en el delito de homicidio en grado de tentativa y porte de armas, sancionado en el artículo 405 del Código Penal en concordancia con el artículo 80 **eiusdem** y el artículo 272 **ibídem,** con lo cual se cumple con el requisito de la doble incriminación, por cuanto sólo se concederá la extradición del solicitado, cuando el hecho que se le impute en el país requirente constituya delito en el país requerido.

4.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

En el presente caso, de la Nota Diplomática Nº 157-EddC/iyz, de fecha 17 de agosto de 2007, se evidencia la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación Común de las Antillas Holandesas y Aruba de fecha 25 de junio de 2002, donde condena al referido ciudadano a una pena de quince (15) años de prisión, por el delito de participación en un intento de asesinato. Ahora bien el artículo 112 del Código Penal Venezolano expresa:

"*Art. 112. Las penas prescriben así:*
1. Las de prisión y arresto, por un tiempo igual al de la pena que haya de cumplirse, más la mitad del mismo...

En consecuencia, la pena prescribe al transcurrir un tiempo igual al de la pena que haya de cumplirse, más la mitad del mismo, vale decir, que en el presente caso serían veintidós (22) años y seis (06) meses, por cuanto la pena impuesta al referido ciudadano no se encuentra prescrita.

5.- LA PENA ASIGNADA A LOS HECHOS IMPUTADOS NO SEA MENOR DE UN AÑO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y QUE ESTÉ AUTORIZADA O ACORDADA LA PRISIÓN O DETENCIÓN PREVENTIVA DEL SOLICITADO.

La pena asignada por el Tribunal de Apelación Común de las Antillas Holandesas y Aruba, de fecha 25 de junio de 2002, mediante la cual condenó al referido ciudadano es de quince (15) años de prisión, lo cual cumple con el requisito de ser mayor a un año.

En principio de acuerdo con lo transcrito resultaría procedente la solicitud de extradición, no obstante en virtud de ser el

ciudadano **ADDISON TADEO DÍAZ VAN DER HANSZ,** venezolano, lo cual representa un obstáculo para conceder la solicitud extradicional, a tal efecto la Sala considera:

CAPITULO III
DE LA RESOLUCIÓN DE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN

De las actas que conforman el presente expediente se evidencia que la solicitud de extradición del ciudadano **ADDISON TADEO DÍAZ VAN DER HANSZ,** se fundamenta en la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones Común de las Antillas Holandesas y Aruba, de fecha 25 de junio de 2002, mediante la cual condenó al referido ciudadano por su "*…participación en un intento de asesinato y participación en la infracción de la prohibición establecida en el artículo 3, apartado 1 de la Ordenanza de 1930 sobe Armas de Fuego…a la pena de quince (15) años…*".

Por otra parte en cuanto a la detención preventiva del solicitado con fines de extradición, se evidencia del expediente que el Fiscal Séptimo del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena (E) en fecha 14 de septiembre de 2007, solicitó al Juez de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, la orden de aprehensión del referido ciudadano. Es oportuno señalar lo expuesto por la representación Fiscal, el cual expresó:

"..en fecha 13 de septiembre de 2007, se recibió procedente de la División de Identificación Civil del Cuerpo de Investigaciones, Científicas, Penales y Criminalísticas, comunicación Nº 0301, de data 12-09-07, mediante el cual se desprende que el ciudadano Díaz Van Der Hansz Addison Tadeo, obtuvo la nacionalidad venezolana, en fecha 27-09-2001, por ser hijo de padre venezolano por nacimiento, quien se identifica como Díaz Riera Richard, titular de la cédula de identidad Nº V. 1.710.363, obteniendo en data 05-10-2001, su cédula de identidad signada bajo el Nº V-20.129.255…

De lo antes expuesto se desprende que el referido ciudadano es venezolano por nacimiento, en virtud de ser hijo de padre venezolano por nacimiento, según lo dispuesto en el artículo 32, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 9, numeral 3 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, publicada en Gaceta Oficial Nº 37.971, en fecha 1 de julio de 2004…".

Ahora bien, la extradición en el derecho positivo venezolano está regulada en los artículos 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 6 del Código Penal y 391 al 399 del Código Orgánico Procesal Penal, recogiéndose en dichas disposiciones los principios básicos que la rigen.

Artículo 394 del Código Orgánico Procesal Penal**.**

"*La extradición se rige por las normas de este Título, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República".*

En relación con el transcrito artículo advierte el Tribunal Supremo de Justicia que entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Reino de los Países Bajos, no existe Tratado de Extradición. Sin embargo, en anteriores oportunidades esta Sala ha resuelto situaciones semejantes de conformidad con el Derecho Internacional, tomando en cuenta para ello los diversos Tratados de Extradición suscritos por Venezuela con otros países, que son leyes vigentes en la República.

De las actuaciones que cursan en el presente expediente, la Sala de Casación Penal al examinarlas observa, que la solicitud de extradición que procede del Gobierno del Reino de los Países Bajos recae sobre el ciudadano **ADDISON TADEO DÍAZ VAN DER HANSZ,** quien es **venezolano** por nacimiento, según consta de oficio N° RIIE-1-0501-4984 de fecha 11 de diciembre de 2007, procedente del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia del Director (E) de Dactiloscopia y Archivo Central, Doctor Tulio José Medina Gianfelice**,** de donde se puede leer:

"...CEDULARA DE IDENTIDAD Nº: V-20.129.255,

NOMBRE DE LOS PADRES: DÍAZ RIERA RICHARD Y VAN DER HANSZ BASILICA D.

LUGAR Y FECHA DE NACIMIENTO: CURAZAO CURAZAO EL 01.07.1970

ESTADO CIVIL: SOLTERO

DOCUMENTOS PRESENTADOS: VENEZOLANO SEGÚN ARTÍCULO 32 ORDINAL 3º DE LA CONSTITUCION NACIONAL..." sic**.**

Ello en virtud de ser hijo de padre venezolano por nacimiento, según lo dispuesto en el artículo 32, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 9, numeral 3 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, publicada en Gaceta Oficial Nº 37.971, en fecha 01 de julio de 2004.

Así tenemos que el artículo 32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala:

"*Son venezolanos y venezolanas por nacimiento:*
(…)
3. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezca su residencia en el territorio de la República o declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.
(…)"

Por su parte el artículo 9 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía:

"Son venezolanos y venezolanas por nacimiento:

(…)

3. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezca su residencia en el territorio de la República o declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.
(…)"

En este sentido la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía en su artículo 12 expresa:

"*…La nacionalidad venezolana por nacimiento no podrá ser revocada o suspendida, ni de alguna otra forma disminuida o privada por ninguna autoridad…"*

El artículo 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su único aparte al respecto establece:

"La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio.
Se prohíbe la extradición de venezolanos y venezolanas.".

Asimismo el artículo 6 del Código Penal expresa:

"La extradición de un venezolano no podrá concederse por ningún motivo; pero deberá ser enjuiciado en Venezuela, a solicitud de parte agraviada o del Ministerio Público, si el delito que se le imputa mereciere pena por la ley venezolana.".

De las transcripciones anteriores se evidencia el principio que establece nuestra legislación de la "no entrega del nacional", el cual se basa principalmente en la idea de que conceder la entrega de un venezolano sería sacrificar el deber de protección del Estado para con sus súbditos y sustraerlos de sus jueces naturales.

Por lo antes expuesto este Tribunal Supremo de Justicia debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la Constitución de la República, el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal, que son los instrumentos legales vigentes en la Republica Bolivariana de Venezuela los cuales rigen la materia de extradición en nuestro país.

Concluyéndose del estudio de las actas del expediente, que el ciudadano ADDISON TADEO DÍAZ VAN DER HANSZ es venezolano por nacimiento según consta de oficio Nº RIIE-1-0501-4984 de fecha 11 de diciembre de 2007, procedente del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, del Director (E) de Dactiloscopia y Archivo Central, Doctor Tulio José Medina Gianfelice, razón por la cual no es procedente conceder la solicitud de extradición formulada por la Embajada del Reino de los Países Bajos al Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia se ordena la libertad plena de dicho ciudadano y remite copia certificada de la sentencia al Fiscal General de la República a los fines legales concernientes. Así se decide.

6.4.1.1.-Improcedencia de extraditar venezolanos por naturalización

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 386, Fecha: 28/10/2003

Una vez visto lo anterior, corresponde a esta Sala pronunciar-

se acerca de la procedencia o no de la solicitud de extradición hecha por el Gobierno Francés en contra de MICHEL MARTÍN LABORDE, identificado en Venezuela con Cédula de Identidad E- N° 82.003.645 y pasaporte de la comunidad europea, República Francesa Nº 94FE51556, por la presunta comisión de los delitos de: - Crimen de extorsión de fondos cometido con arma y en banda organizada (art.312.1, 312.6); - Crimen de tentativa de extorsión de fondo cometido por asociación de malhechores (art.312.1, 312.6 y 121.5); - Complicidad de crimen de robo en banda organizada y con arma y de robo en banda organizada y con violencia (art. 311.1 y 311.9); - Complicidad de delito de arresto y de secuestro ilegal (art. 224.1 y 224.4); Complicidad de violencia con arma y en reunión (art. 222.13); - Participación en asociación de malhechores (art. 450.1 y 450.3) y - Robo en reunión con deterioros (art. 311.1 a 311.4).

El artículo 391 del Código Orgánico Procesal Penal Venezolano, contempla que las extradiciones se regirán por las normas de dicho código, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

Ahora bien, como entre la República de Francia y la República de Venezuela, no existe tratado de extradición, esta Sala debe actuar con un alto sentido de responsabilidad y aceptar la extradición como una obligación moral, conforme al derecho internacional, pero se reserva la más absoluta libertad en la apreciación para concederla o negarla, tomando en cuenta para ello, si en el caso particular se contrarían los principios de nuestra legislación nacional o no estuviese conforme la razón y la justicia.

En tal sentido el artículo 6 de nuestro Código Penal, dispone que no procederá la extradición de un extranjero si se trata de delitos políticos o conexos; ni por hechos que no estén calificados como delitos en nuestra legislación; ni cuando la pena asignada al delito por la legislación del país requirente, sea de muerte o perpetua.

Al analizar la presente solicitud de extradición pasiva, se observa que los delitos que se imputan al solicitado no son políticos ni conexos, que se cumple la doble incriminación, porque los hechos que se le imputan revisten carácter penal también en nuestra legislación, pues se trata de los delitos de rapto, secues-

tro, robo a mano armada, agavillamiento y extorsión de fondos; y que ninguno de ellos contemplan la pena de muerte o cadena perpetua en la legislación francesa, es decir, que en principio existen suficientes razones de hecho y de derecho para declarar procedente la solicitud de extradición.

No obstante lo anterior, al folio 143 de la segunda pieza del expediente, se encuentra inserta la resolución del recurso Jerárquico suscrita por el ciudadano Ministro del Interior y Justicia, Diosdado Cabello, mediante el cual se le otorga la nacionalidad Venezolana al ciudadano Francés Michel Martín Laborde, por haber contraído matrimonio con una venezolana, de cuya unión procrearon tres hijos nacidos en este País.

Al respecto señala el artículo 6 de nuestro vigente Código Penal, que no se concederá la extradición de un venezolano por ningún motivo; y como la ley no distingue entre la forma de adquisición de nacionalidad venezolana, esta Sala al verificar que el ciudadano solicitado ya no es extranjero porque para la fecha, ha adquirido la Nacionalidad Venezolana de conformidad con la constitución y las leyes que rigen la materia, procede a declarar improcedente la presente solicitud de extradición presentada por el Gobierno Francés y en consecuencia le otorga inmediata libertad al solicitado. Corresponderá al Ministerio Público ejercer las acciones correspondientes para la apertura de la investigación. Así se declara.

6.4.1.2.- Extradición excepcional de venezolanos por naturalización

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 464, Fecha: 12/08/2008

De la sentencia que ha quedado transcrita supra, se desprende que el ciudadano JOSEPH GERGES EL CHABAB era únicamente de nacionalidad libanesa para el momento en que ocurrieron los hechos, esto es en el año 2004.

Por otra parte, la Sala encontró que el 14 de diciembre de

2005 el ciudadano libanés JOSEPH GERGES EL CHABAB obtuvo por parte del Ministerio del Interior y Justicia, una carta de naturaleza que lo acredita como ciudadano venezolano, tal como consta en la Gaceta Oficial número 5.793 de esa misma fecha, que se encuentra inserta en el expediente en copia certificada.

La anterior situación, es decir, el hecho de que el solicitado en extradición haya adquirido efectivamente la nacionalidad venezolana con posterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos que se le imputan, lo único que refleja es que dicho ciudadano actuó premeditadamente con el fin de evadir la justicia de ese país y obstaculizar un eventual proceso de extradición, a sabiendas de que en Venezuela está consagrado constitucionalmente el principio de la no entrega de nacionales.

Tal como pudo observarse del movimiento migratorio supra transcrito, el ciudadano JOSEPH GERGES EL CHABAB, salió del país el 5 de marzo de 2004 por el Aeropuerto Internacional de Maiquetía con destino a Amsterdan, Holanda, por la línea aérea K.L.M y los cuatro hechos que le atribuyeron las autoridades judiciales de Bruselas, Bélgica, ocurrieron entre los días 6, 8, 18 al 19 y 29 de marzo de 2004, ingresando a Venezuela el 2 de mayo de 2004, procedente de Milán, Italia.

Con lo anterior queda plenamente demostrado que el solicitado en extradición se encontraba fuera del territorio nacional para el momento en que sucedieron los hechos en el Reino de Bélgica.

Ahora bien, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, Bélgica, el 27 de enero de 2008 dictó sentencia judicial número 008162, mediante la cual CONDENÓ EN REBELDÍA al ciudadano JOSEPH GERGES EL CHABAB, a cumplir la pena de SIETE AÑOS DE CÁRCEL y multa de 10.000 euros, por los delitos de posesión ilegal, importación y comercio de narcóticos y; participación en una banda criminal.

En tal sentido, se observa que los delitos de participación en una banda criminal y posesión ilegal, importación y comercio de narcóticos, están contemplados el primero de ellos, en el Tratado de Extradición suscrito entre los gobiernos de Bélgica y Venezuela, firmado en Caracas el 13 de marzo de 1884 y ratificado

el 5 de febrero de 1885 y; en la Convención Única Sobre Estupefacientes que suscribieron los ciudadanos WALTER LORIDAN y RAFAEL DARÍO BERTI, representantes de los gobiernos de Bélgica y Venezuela, en la ciudad de Nueva York, el 30 de marzo de 1961, como delitos que dan lugar a la extradición.

El Derecho Penal Internacional en la actualidad exige perseguir o extraditar los casos de comercio ilícito de drogas y para ello debe mejorarse la institución de la extradición mediante la superación de obstáculos para su viabilidad y mediante la cooperación judicial internacional.

Es por ello que en el presente caso, dada la gravedad de los delitos por los cuales fue condenado el solicitado en extradición y tomando en consideración que éste adquirió la nacionalidad venezolana con posterioridad a la comisión de los mismos, la Sala declara que sí se concede la extradición del ciudadano JOSEPH GERGES EL CHABAB, solicitada por el Gobierno de Bélgica, pues los delitos suficientemente mencionados, no son políticos ni conexos con éste, están previstos en ambas legislaciones, dan lugar a la extradición; no comportan en el Reino de Bélgica, pena de muerte, perpetua o mayor de treinta años y la acción penal para perseguirlos no se encuentra prescrita. Así se decide.

No obstante, en atención al informe médico presentado por la defensa del ciudadano JOSEPH GERGES EL CHABAB, la Sala ordena la práctica de un examen médico forense al mencionado ciudadano, a los fines de verificar su estado de salud y que su entrega se produzca en garantía y respeto de sus derechos humanos.

Así mismo, vistas las informaciones recibidas en esta Sala respecto al proceso de naturalización del ciudadano JOSEPH GERGES EL CHABAB, se ordena oficiar al ciudadano Procurador General de la República, a los fines de verificar si se cumplieron o no los requisitos constitucionales y legales exigidos a tal efecto.

6.4.2.- Principio de la Doble Incriminación[13]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 193, Fecha: 18/04/2002

La Fiscal Tercera del Ministerio Público del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón, ciudadana abogada YAMIRIS YOLESKY GONZÁLEZ, mediante escrito interpuesto el 22 de febrero de 2002, solicitó al Juzgado de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón (Sección Adolescentes) que pidiera la extradición del ciudadano JULIO IGNACIO PRINCE, el cual se fugó del Centro de Diagnóstico y Tratamiento para varones del Instituto Nacional del Menor, con sede en la ciudad de Coro, Estado Falcón el 29 de noviembre de 2001 en donde cumplía sentencia por la comisión del delito de Homicidio Calificado y Porte Ilícito de Arma.

Mediante oficio del 28 de febrero de 2002, el Juzgado de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón (Sección Adolescentes), a cargo de la Juez ciudadana abogada ENIALINA RUIZ ORTÍZ, solicitó según lo establecido en el artículo 392 del Código Orgánico Procesal Penal, la tramitación de una EXTRADICIÓN ACTIVA y remitió al Tribunal Supremo de Justicia el expediente que contiene copias certificadas del juicio que se le siguió al ciudadano JULIO IGNACIO PRINCE, venezolano, soltero, portador de la cédula de identidad Nº V- 17.135.375 y menor de edad para el momento en que cometió el hecho punible objeto de la preste solicitud; quien presumiblemente se encuentra en la República de Colombia.

La Sala de Casación Penal se constituyó el 14 de diciembre de 2001. El 21 de marzo de 2002 se dio cuenta en Sala y fue designado ponente el Magistrado Doctor ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El Fiscal General de la República, abogado JULIÁN ISAÍAS RODRÍGUEZ DÍAZ, consignó el informe correspondiente y según lo prevé el numeral 13 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

13. SCP. Fecha: 16/06/1998, EXP Nº: 98-003, Cecilia Núñez Chipana. SCP. Fecha: 02/12/2008, EXP Nº: AA30-P-2008-00391, Carlos Alberto Acevedo Lievano.

Cumplidos los trámites procedimentales del caso, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia pasa a decidir.

El 12 de marzo de 2001, el Juzgado de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón (Sección Adolescentes), constituido por el Juez Presidente ciudadano abogado SAMUEL SAHER y los escabinos ciudadanos FANNY LÓPEZ y LUIS JESÚS BRAVO, con voto salvado del mencionado Juez Presidente; condenó al ciudadano JULIO IGNACIO PRINCE, venezolano, soltero, menor de edad y portador de la cédula de identidad Nº V- 17.135.375 a cumplir la pena de CINCO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD, por la comisión de los delitos de HOMICIDIO CALIFICADO y PORTE ILÍCITO DE ARMA previstos en los artículos 408 (literal a) del ordinal 3º) y 278 del Código Penal, en perjuicio de su padre el ciudadano FRANK IGNACIO PRINCE.

Contra esta decisión interpusieron recurso de apelación los ciudadanos abogados FRANCISCO ALONSO GUANIPA OCANDO y CRUZ ALEJANDRO GRATEROL ROQUE, Defensores del ciudadano adolescente JULIO IGNACIO PRINCE.

La Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, el 28 de junio de 2001, declaró SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto. Contra esta decisión interpusieron recurso de casación los mencionados abogados Defensores del menor de edad.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrada Doctora BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN, el 17 de diciembre de 2001, declaró DESESTIMADO POR MANIFIESTAMENTE INFUNDADO el recurso interpuesto por la defensa del ciudadano JULIO IGNACIO PRINCE.

Las circunstancias de hecho por las en las que el tribunal de juicio condenó al mencionado ciudadano, son las siguientes:

"…El día 18 de noviembre del 2000 en horas nocturnas se encontraban en su residencia el ciudadano Frank Ignacio Prince Martinez (SIC) , su hijo Julio Ignacio Prince Angel (SIC) y el ciudadano Edy Alexander Carrasquero Marin (SIC) la cual está ubicada en la Urb. Manaure calle Tucacas casa Nº 9, Puerta Maraven, jurisdicción de la Parroquia Punta Cardón del Municipio

Autónomo Carirubana del Estado Falcón. Por cuanto el ciudadano Edy Alexander Carrasquero Marin (SIC), iba a salir de la residencia, el hoy occiso, Frank Ignacio Prince Martinez (SIC) le entrega 10.000 Bs. Para sus gastos; posteriormente el ciudadano Frank Ignacio Prince Martinez (SIC) se dispone a acostarse y estando solos en su residencia y siendo aproximadamente entre 11:45 pm del día 18-11-2000 y 12:45 am del día 19-11-2000, Julio Ignacio Prince Angel (SIC), accionó un arma de fuego, revolver, quitándole (SIC) la vida así a su padre Frank Ignacio Prince Martinez (SIC)...”.

El Código Penal, en el Título IX (De los delitos contra las personas) y en el Capítulo I (Del homicidio), prevé el delito de homicidio en sus distintos tipos.

El artículo 407 “eiusdem” dispone:

“Artículo 407. El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años”.

El artículo 408 “ibídem” establece, en sus distintos ordinales, las causales que califican al delito de homicidio y en tal sentido el literal a) del ordinal 3º de dicho artículo expresa:

“El artículo 408.- En los casos que se enumeran a continuación se aplicarán las siguientes penas:”

“3º Veinte a treinta años de presidio para los que lo perpetren:

a) En la persona de su ascendiente o descendiente, legítimo o natural, o en la de su cónyuge”.

El artículo 391 del Código Orgánico Procesal Penal, contempla:

“La extradición se rige por las normas de este Título, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”.

En relación con el artículo 391 “eiusdem”, advierte el Tribunal Supremo de Justicia que la República Bolivariana de Venezuela y las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, suscribieron el Acuerdo sobre Extradición firmado en Caracas el 18 de julio de 1911 (Congreso Bolivariano), que fue aprobado por el Poder Legislativo Nacional el 18 de junio de 1912 y ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional el 19 de diciembre de 1914,

cuyo artículo 1º dispone:

"Los Estados contratantes convienen en entregarse mutuamente, de acuerdo con lo que se estipula en este Acuerdo, los individuos que procesados o condenados por las autoridades judiciales de uno cualquiera de los Estados contratantes, como autores, cómplices o encubridores de alguno o algunos de los crímenes o delitos especificados en el artículo 2º, dentro de la jurisdicción de una de las partes contratantes, busquen asilo o se encuentren dentro del territorio de una de ellas. Para que la extradición se efectúe, es preciso que las pruebas de la infracción sean tales que las leyes del lugar en donde se encuentre el prófugo o enjuiciado, justificarían su detención o su sometimiento a juicio, si la comisión, tentativa o frustración del crimen o delito se hubiere verificado en él".

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, al examinar el Acuerdo sobre Extradición suscrito por la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia, observa que el delito de homicidio se encuentra señalado en el artículo 2º del citado acuerdo, al disponer:

"Artículo 2º. La extradición se concederá por los siguientes crímenes y delitos:"

"1. Homicidio, comprendiendo los casos de parricidio, infanticidio, asesinato, envenenamiento y aborto".

El numeral 1 transcrito parece referirse al homicidio en general y, también, a sus modalidades agravadas de parricidio y asesinato, así como al homicidio causado a través de un envenenamiento. Y al infanticidio u homicidio de un infante, lo cual podría ser atenuado en el caso del artículo 413 del Código Penal. Igualmente se refiere al aborto, que no es un homicidio y por ello está incriminado en otro capítulo por la legislación penal venezolana. Pero si hubiere alguna duda en torno a que no está contemplado el homicidio común como causal de extradición en dicho numeral, se resolvería porque aunque el término "asesinato" no figura en el Código Penal venezolano, en el uso acostumbrado por el idioma español y sobre todo en el uso penalístico internacional, significa "matar a una persona con premeditación, alevosía, etc.", esto es, el matamiento de otro con medios especialmente odiosos que lo califiquen o agraven: éste es el caso de la presente extradición, solicitado en relación con un homicidio

calificado o el más grave en razón de especiales circunstancias que le confieren mayor gravedad.

De las actuaciones que cursan en el expediente se desprende que el ciudadano JULIO IGNACIO PRINCE, no se encuentra en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela y la Fiscalía Duodécima del Ministerio Público, tiene noticia de que se encuentra en la ciudad de Medellín, en Colombia.

En el presente caso se deja constancia de que la pena no está prescrita y de acuerdo con el artículo 108 del Código Penal.

De lo expuesto se concluye en que es procedente la solicitud de extradición según el artículo 392 del Código Orgánico Procesal Penal. Por ello debe solicitarse al Gobierno de Colombia la extradición del ciudadano JULIO IGNACIO PRINCE, con fundamento en el Acuerdo sobre Extradición suscrito por la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia y al cual ambos Estados contratantes se hallan obligados. Así se decide.

6.4.3.- Principio de la no entrega por Delitos Políticos[14]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional
Nº 1684, Fecha: 04/11/2008

La Constitución de 1961, por su parte, recogió la intervención del Senado en el enjuiciamiento del Presidente, que figuró en la Constitución de 1830, el antejuicio de mérito que apareció en la Constitución de 1904, el enjuiciamiento de los miembros del Congreso que se incorporó en 1953, y la enumeración de los altos funcionarios sometidos a enjuiciamiento por ante el más Alto Tribunal, propio de todos los textos constitucionales antes mencionados, haciendo la salvedad que no figuran en su enumeración los secretarios generales de las gobernaciones, los jueces superiores y los representantes diplomáticos en el extranjero. En efecto, la Carta Magna de 1961 en su artículo 215, cardinal 2 establecía como una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, lo siguiente:

14. SCP. Fecha: 10/12/2001, EXP Nº: 01-847, José María Ballestas. SCP. Fecha: 16/06/1998, EXP Nº: 98-003, Cecilia Núñez Chipana. SSCP-CSJ 715 del 29 de octubre de 1992.

"…2.- Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los miembros del Congreso o de la propia Corte, de los Ministros, el Fiscal General, el Procurador General o el Contralor General de la República, los Gobernadores y los jefes de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, pasar los autos al Tribunal ordinario competente, si el delito fuere común, o continuar conociendo la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos, salvo lo dispuesto en el artículo 144 con respecto a los miembros del Congreso…". (Subrayado de la Sala)

Ahora bien, la Constitución de 1999, a pesar de mantener en términos generales un enunciado similar al de la Constitución de 1961 en lo que concierne al grupo de altos funcionarios públicos que gozan de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, presenta algunas diferencias que resultan pertinentes resaltar; en primer lugar, se incorporan nuevos funcionarios -en virtud de la jerarquía y funciones que tienen asignadas-, entre los que se encuentran el Vicepresidente de la República, el Defensor del Pueblo y los oficiales u oficialas generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y, en segundo lugar, se suprime la referencia que se hacía a los "delitos políticos" y con ello se modifica el criterio para determinar el órgano jurisdiccional competente que deberá continuar conociendo de la causa una vez declarada ha lugar la solicitud de antejuicio de mérito.

Esta peculiaridad en la nueva redacción de la norma ***in commento***, llama la atención de la Sala, específicamente en su inconsistencia con los antecedentes históricos de su creación. Por ello, estima necesario hacer algunas consideraciones sobre los cambios presentes en esta disposición constitucional.

El término "delito común" es empleado por una parte de la doctrina en oposición a la expresión delito especial; pero, en otro sentido, también se suele hablar de "delito común" para diferenciarlo del "delito político", siendo esta última la acepción que históricamente ha empleado el Constituyente en la redacción de la disposición vinculada con la institución del antejuicio de mérito.

Esta última es la reconocida por el *Diccionario de la Lengua Española* cuando define al delito común como aquel *"que no es político"*. Es decir, que se trata de los delitos

sancionados en la legislación criminal ordinaria, y que pueden lesionar u ofender bienes jurídicos individuales (como los delitos de violación, robo, hurto, lesiones, etc.) o causar daños o afectación de trascendencia social, como los delitos perpetrados contra la cosa o erario público, tipificados, por ejemplo, en la Ley contra la Corrupción.

Por su parte, los delitos políticos son aquellos que atentan contra los poderes públicos y el orden constitucional, concretamente, los delitos de rebelión y sedición, así como también los que atentan contra la seguridad de la Nación, entre ellos la traición y el espionaje. Estos delitos se pueden apreciar desde un punto de vista objetivo y desde un punto de vista subjetivo.

Desde el primer punto de vista, es delito político aquel que se realiza concomitantemente con actos de perturbación política. Así, de acuerdo con este criterio de apreciación, el delito político es una consecuencia de la apreciación objetiva de sus elementos o consecuencias y, por consiguiente, tiene que darse necesariamente en los casos de perturbación política que pueden tener lugar en un Estado. Desde el punto de vista subjetivo, el delito es político cuando concurre a su apreciación la intención del autor, es decir, el móvil personal y psicológico del autor.

La exclusión del término "delito político" en la redacción del cardinal 3, del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a pesar de representar un cambio, no se puede entender como una eliminación absoluta del vocablo, ya que el mismo se encuentra presente de manera tácita en el contenido de la norma, es decir, cuando el delito no sea común este se debe considerar político.

Ahora bien, lo que sí constituye una sustancial alteración del espíritu, propósito y razón de la referida norma -en lo que respecta a sus antecedes históricos-, es el cambio de criterio para determinar el órgano jurisdiccional competente que deberá continuar conociendo de la causa una vez declarada ha lugar la solicitud de antejuicio de mérito.

En efecto, la disposición constitucional establece como su-

puesto de hecho la existencia de una solicitud de antejuicio de mérito presentada contra altos funcionarios públicos del Estado, ello en atención a su presunta participación en un hecho punible previsto y sancionado en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, la consecuencia jurídica que presenta la norma ***in commento*** es que, de ser declarada ha lugar la solicitud formulada -por existir elementos de convicción que impliquen algún grado de participación en el hecho punible- la causa deberá ser remitida al Fiscal o la Fiscala General de la República, o quien haga sus veces, si fuere el caso, y en el supuesto de que el delito presuntamente cometido fuese común, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena seguirá conociendo del asunto.

Este cambio de competencia constituye una situación inconsistente con el criterio que históricamente se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico sobre la naturaleza del delito común y del delito político y con ello del tribunal competente para conocer de los mismos. En el caso de los delitos comunes, el daño puede exceder la esfera jurídica de los particulares y afectar intereses de trascendencia social, pero no existe, como en los delitos políticos, la intención de quebrantar el orden jurídico y social establecido, atentando contra la seguridad del Estado, contra los Poderes y autoridades del mismo o contra la Constitución o principios del régimen imperante. En consecuencia, en virtud de la respectiva entidad de los delitos y la distinta afectación del orden social, la competencia para el conocimiento de los delitos comunes debe corresponder a los tribunales ordinarios, mientras que en el caso de los delitos políticos el bien jurídico protegido a través del mismo es el orden jurídico y social del Estado, por lo tanto en atención a esta particularidad, tradicionalmente el conocimiento de estas conductas delictivas se le ha atribuido al Alto Tribunal dela República en Sala Plena, para que sean todos los Magistrados que lo conforman los encargados de sustanciar y decidir lo concerniente a la acusación que formule en su oportunidad la vindicta pública o quien haga sus veces contra el alto funcionario público involucrado en la comisión de un hecho punible de esa naturaleza.

Ahora bien, atribuirle a la Sala Plena de este Máximo Tribunal el conocimiento de las causas instauradas contra los altos funcionarios públicos cuando el delito por ellos presuntamente cometido fuese calificado como "delito común", re-

vela la existencia de un error material del Constituyente de 1999, y con ello una inconsistencia de la norma, es decir, que la solución aportada no responde a las propiedades que tomó en cuenta el mismo Constituyente para establecer el supuesto de hecho de dicha consecuencia jurídica. Siendo así, se está en presencia de un enunciado que presenta una laguna, que a su vez conduce a una solución jurídica ilógica e inaceptable.

En efecto, al omitir la referencia a los delitos políticos, la conclusión por argumento *"a contrario sensu"* es que el Constituyente dispuso que solo si el delito es común corresponderá a la Sala Plena el enjuiciamiento de los altos funcionarios comprendidos en el cardinal 3 del artículo 266; mientras que si se tratare de un delito de naturaleza política deberán seguir conociendo del juicio los tribunales ordinarios. Tal conclusión es absurda.

Cabe ahora preguntarse ¿de qué alternativas dispone un juez, en este caso los Magistrados que integran la Sala Constitucional, ante una solución inconsistente, contenida en la consecuencia jurídica de un enunciado de rango constitucional que deba interpretar?

Es decir, ¿puede un juez apartarse de la solución que le ha dado el constituyente a un caso o a una acción contenida en un enunciado jurídico de rango constitucional?, o, planteado de otro modo: ¿un juez, a la hora de resolver una controversia, sólo puede aplicar el derecho según el sentido evidente de las expresiones usadas por el "legislador", sea éste constituyente o constituido?

Esta es sin duda, una pregunta cuya respuesta no es sencilla, pues las realidades jurídicas, políticas y sociológicas que se verían afectadas por cualquiera de las soluciones que se ensayen son de la mayor entidad, como es lógico suponer. No obstante, hay una serie de premisas elaboradas con ayuda de la Teoría del Derecho, la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional desde las cuales es posible sostener que, si bien los jueces están vinculados al derecho, el propio derecho los habilita para elaborar un juicio en caso de incongruencia, inconsistencia o falta de pertinencia en una norma, y corregir dicha situación.

En primer lugar, a tal fin habría que afirmar la potestad que tienen los jueces de corregir una falta de previsión normativa o apartarse de la solución dada por el legislador ante su evidente injusticia o incoherencia.

Tal declaración no es pacífica en la doctrina, como bien puede suponerse, visto que hay autores que no reconocen en los jueces tal posibilidad, partiendo en su mayoría de la distinción entre dos actividades que estiman distintas y contradictorias. Ellos se refieren, por un lado, a la actividad judicial de "aplicar derecho" y, de otro lado, a la actividad de "resolver conflictos jurídicos". Dichos autores consideran que el juez sólo está llamado a "aplicar el derecho" y no a "resolver conflictos", de lo que se sigue que en caso de lagunas normativas y de lagunas axiológicas, el juez debe declarar, en el primer supuesto, que no tiene nada que decidir, pues no hay una norma que prevea el conflicto planteado; y, en el segundo, no le restaría más que aplicar la norma tal cual fue prevista, sin atender a su injusticia o incoherencia.

Frente a tal postura se encuentra la que sí admite la posibilidad de que los jueces, ante la ausencia de norma aplicable, o ante la incoherencia de la solución que una norma contiene, resuelva integrar el derecho en ambos casos. Los autores que sostienen esta postura traen a colación la distinción que formuló Hart entre ***normas primarias*** y ***normas secundarias***.

Las ***normas primarias*** tendrían como destinatarios a los particulares, e impondrían conductas u otorgarían potestades a dichos particulares; por su parte, las ***normas secundarias*** "*…establecen qué contenido deben tener o tendrán las decisiones dictadas por la Administración Pública o por los jueces en determinados casos…*" (Vid. R. Hernández Marín, *op. cit.*, pág. 98).

Estos autores establecen que si no existe una norma primaria o ésta es incoherente (pues su solución no es pertinente con su supuesto de hecho), podría haber una *norma secundaria* que ordenara al juez resolver el conflicto. Ponen como ejemplos normas tales como la contenida en el artículo 19 de nuestro Código de Procedimiento Civil, el cual impone al juez la obligación de decidir, no obstante que no exista norma aplicable, o esta sea contradictoria, deficiente, ambigua u obscura.

Como corolario de estas consideraciones es que se admite que "*...también los jueces ordinarios se ven obligados a crear normas generales, cuando se enfrentan con casos de lagunas o contradicciones normativas...*" (Bulygin), o que "*...dado que los sistemas jurídicos no están sólo compuestos por reglas primarias, sino también por reglas secundarias que establecen –entre otras cosas– deberes sobre los jueces, la pregunta acerca de qué debe hacer un juez* (ante tales lagunas) *admite un análisis descriptivo a la luz de las reglas secundarias...*" (Rodríguez) (Vid. Atria, Bulygin y otros, *Lagunas en el Derecho*, págs. 43 y 154).

Siendo así, lo correcto es admitir que el juez no está atado de manos frente a una posible incoherencia o inconsistencia por parte del legislador.

Obviamente, debe destacarse que la Constitución, es la norma fundamental (tanto desde un punto de vista político como sociológico); la norma suprema (en la medida en ella están fundadas las bases del sistema político y de la relación de los ciudadanos con el Estado); y que, aparte de ello, es norma supralegal por excelencia (en vista de que todas las restantes disposiciones jurídicas que forman el ordenamiento le son tributarias). No obstante todo ello, dicho texto no deja de ser obra humana, y en tal sentido es, por una parte, susceptible de contener disposiciones que estén en contradicción (antinómicas), o cuyos enunciados dupliquen o repitan expresiones normativas (redundancias), o, de otra parte, contenga normas cuyos términos dificulten conocer a qué hechos o conductas se refieren (lagunas de conocimiento), o que adolezcan de vaguedad o ambigüedad manifiesta (lagunas de reconocimiento), o carezca de soluciones para un conjunto de acciones que amerite un tratamiento normativo (lagunas normativas) o que, habiendo dado solución, dicha solución no se corresponda con la naturaleza de las acciones o conductas reguladas (lagunas axiológicas).

Así, pues, volviendo al caso que le ocupa, esta Sala estima que la laguna que se presenta en esta oportunidad es de tipo axiológico, lo que implica elaborar "*...un enunciado prescriptivo formulado desde un cierto sistema valorativo que denuncia el carácter axiológicamente inadecuado de un sistema normativo y, por otra, que el defecto axiológico de la solución prevista obedece a que el legislador no tomó en consideración una cierta propiedad*

que, de haber considerado, habría hecho variar su criterio…” (Vid. J. Rodríguez, *Lógica de los sistemas normativos*, pág. 75).

Ese mismo autor, en otra obra, afirma al respecto que, “…*si la acción se encontraba regulada y el problema surgiere debido a que esa solución se considera inadecuada debido a que la autoridad normativa no ha asignado relevancia a una propiedad que se estima normativamente relevante, se trataría de una laguna axiológica…*” (Cfr. J. Rodríguez, *La imagen actual de las lagunas del derecho*, en Atria, Bulygin y otros, *Lagunas en el derecho*, pág. 150).

Siendo que las lagunas axiológicas suponen la inconsistencia de la norma involucrada, y visto que el enunciado del artículo 266, cardinal 3 de la Constitución es *inconsistente*, debe esta Sala concluir que con relación a esa norma existe una laguna axiológica.

Es importante resaltar, que ante la existencia objetiva de una laguna técnica o axiológica puede darse la posibilidad política y jurídica de acudir a un texto constitucional derogado para integrar dicha laguna. En efecto, como lo refiere el Dr. Humberto J. LA ROCHE, en su obra *Derecho Constitucional*, Tomo I. (Parte General) Valencia, Vadell Hermanos Editores 1991, págs. 216 y siguientes, eventualmente habrá disposiciones constitucionales precedentes que sobrevivirían al “naufragio”, como principios o derechos fundamentales y reglas de interpretación a los cuales el juez se ve en la necesidad de acudir en casos como el planteado. ¿A qué precio sobreviven esas normas? Al respecto existen dos teorías a) La definida por **Duguit** que propone la teoría de la superlegalidad constitucional, por la cual solo podrían subsistir las declaraciones de derecho; y b) La teoría de **Esmein** según el cual podría “subsistir” una norma constitucional derogada o destruida, pero se produciría un cambio tácito de su naturaleza jurídica, ya que no pueden existir simultáneamente dos Constituciones dentro de un Estado. Tomando esta última posición, esta Sala debe rescatar la correcta redacción del artículo 215, cardinal 2 de la Carta de 1961, que es el precedente constitucional inmediato, pero que ratifica la tradición jurídica referida ***supra***, y procede a integrar la laguna axiológica descrita en los términos que se exponen a continuación.

En tal sentido, a los efectos de dar una solución que resulte coherente o pertinente con las propiedades del supuesto de hecho, esta Sala considera que en caso de darse los elementos anteriormente mencionados, deben remitirse los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si el delito fuere común a los fines contemplados en el Código Orgánico Procesal Penal; y si el delito fuere político, continuará conociendo de la causa el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, hasta la sentencia definitiva.

En consecuencia, vista la integración de la laguna axiológica de que adolecía la norma constitucional, esta Sala declara resuelta la interpretación solicitada; y así se decide.

Precisado lo relativo a la interpretación del cardinal 3 del artículo 266 del Texto Fundamental, esta Sala estima pertinente realizar algunas consideraciones con respecto al contenido de las normas previstas en artículos 5, cardinal 2, 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal, ello en atención a la posible contradicción que podría existir entre ellas y su vinculación con la disposición constitucional en referencia.

Al respecto, las disposiciones aludidas establecen lo siguiente:

"Artículo 5. Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:
(…)

Declarar, en Sala Plena, si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General de la República, del Fiscal o la Fiscal General de la República, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, de los Gobernadores o Gobernadoras, Oficiales, Generales y Almirantes de la Fuerza Armada Nacional, en funciones de comando, y de los Jefes o Jefas de Misiones Diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva.

(…)

El Tribunal conocerá en Sala Plena los asuntos a que se refiere este artículo en sus numerales 1 al 2…”. (Subrayado de esta Sala)

“Artículo 22. El Tribunal Supremo de Justicia conocerá de las causas para declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios o funcionarias, de acuerdo con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a instancia del Fiscal General de la República, quien interpondrá escrito con los respectivos documentos, testimonios, averiguaciones u otros medios de prueba que acrediten los alegatos expuestos y permitan constatar la presunta comisión de un hecho punible previsto en la ley. En caso de que la solicitud vaya dirigida contra un diputado o una diputada de la Asamblea Nacional, el procedimiento se regirá conforme a lo que establece el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esta Ley. (…)

En todo lo no previsto en este artículo se aplicarán las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal y del Código de Procedimiento Civil, así como las disposiciones normativas que emanen de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y fueren publicadas de conformidad con la ley, en cuanto sean compatibles con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y con esta Ley…”. (Subrayado de esta Sala)

“Artículo 378.- Efectos. Cuando el Tribunal Supremo de Justicia declare que hay mérito para el enjuiciamiento del Presidente de la República, previa autorización de la Asamblea nacional, continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva.

Cuando se trate de los otros funcionarios del Estado y se declare que hay lugar al enjuiciamiento, el Tribunal Supremo de Justicia deberá pasar los autos al tribunal ordinario competente si el delito fuere común, y continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos, salvo lo dispuesto en la Constitución de la República respecto del allanamiento de la inmunidad de los miembros de la Asamblea Nacional…”. (Subrayado de esta Sala)

De la lectura de las disposiciones ***supra*** transcritas, se desprende que pareciera existir una colisión de normas o antino-

mia, es decir, una situación de incompatibilidad entre enunciados jurídicos *"…que pertenecen al mismo ordenamiento* (y que) *tienen el mismo ámbito de validez…"*, producto de una solución contraria a supuestos de hecho similares (Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, pág. 201).

Sin embargo, en vista de la interpretación constitucional realizada y el hecho de que el último aparte del artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia remita expresamente al Código Orgánico Procesal Penal *"en todo lo no previsto"* en lo que concierne a los procedimientos de antejuicio de mérito y enjuiciamiento de altos funcionarios hace concluir a esta Sala Constitucional, que la antinomia está resuelta, no solo por la aludida remisión, sino porque, a pesar de tratarse la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Orgánico Procesal Penal de normas de igual jerarquía (orgánicas), el Código Orgánico Procesal Penal es ley posterior (su última reforma es del 4 de octubre de 2006) y ley especial en lo que concierne al procedimiento penal, pues la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es fundamentalmente una ley organizativa del máximo Tribunal. En consecuencia, la normativa aplicable en lo que concierne al Tribunal competente y al enjuiciamiento de altos funcionarios es la contenida en el Título IV (artículos 377 al 381) del Código Orgánico Procesal Penal; y así se decide.

6.4.3.1.- Delitos conexos a los delitos políticos

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 153, Fecha: 16/04/2007

La solicitud de extradición se analizará con apoyo en el Código Penal, el Código Orgánico Procesal Penal, el Tratado de Extradición suscrito por la República Bolivariana de Venezuela con la República de Colombia y en los principios del Derecho Internacional.

El Código Orgánico Procesal Penal contempla lo siguiente:

*"**Artículo 391.** La extradición se rige por las normas de este Título, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República".*

*"**Artículo 392**. Extradición activa. Cuando se tuviere noticias de que un imputado respecto del cual el Ministerio Público haya presentado la acusación y el Juez de control haya dictado una medida cautelar de privación de libertad, se halla en país extranjero, el Juez de control se dirigirá al Tribunal Supremo de Justicia con copia de las actuaciones en que se funda.*

(...)El Tribunal Supremo de Justicia, dentro del lapso de treinta días contados a partir del recibo de la documentación pertinente y previa opinión del Ministerio Público, declarará si es procedente o no solicitar la extradición, y, en caso afirmativo, remitirá copia de lo actuado al Ejecutivo Nacional".

El Tribunal Vigésimo Octavo de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas al admitir la acusación contra el ciudadano Pedro Francisco Carmona Estanga sólo lo hizo por el delito de rebelión civil, que está tipificado en el artículo 143 del Código Penal que señala:

*"**Artículo 143**. Serán castigados con presidio de doce a veinticuatro años:*

1.- Los que se alcen públicamente en actitud hostil, contra el Gobierno legítimamente constituido o elegido, para deponerlo o para impedir tomar posesión del mando."

Al respecto, analizadas las actas que conforman el expediente y las normas contenidas en los artículos 108, 109 y 110 del Código Penal, se evidencia que no está prescrita la acción penal para perseguir el delito por el cual se realizó la presente solicitud de extradición.

Ahora bien, de acuerdo con la Nota Diplomática N° 430 del 28 de mayo de 2002 y de las actas que cursan en autos, el solicitado en extradición, ciudadano imputado Pedro Francisco Carmona Estanga, titular de la cédula de identidad Nº 1.262.556 y con cédula de extranjería colombiana Nº 312.753, se encuentra actualmente residenciado en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, República de Colombia.

La Sala hace constar que existe entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia, un Tratado de Extra-

dición que fue ratificado en Caracas, el 18 de julio de 1911 y en sus artículos 1 y 4 estipuló lo siguiente:

"Art. 1.- Los Estados contratantes convienen en entregarse mutuamente, de acuerdo con lo que se estipula en este Acuerdo, los individuos que procesados o condenados por las autoridades judiciales de uno cualquiera de los Estados contratantes, como autores, cómplices o encubridores de alguno o algunos de los crímenes o delitos especificados en el artículo 2, dentro de la jurisdicción de una de las Partes contratantes, busquen asilo o se encuentren dentro del territorio de una de ellas. Para que la extradición se efectúe, es preciso que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar en donde se encuentren el prófugo o enjuiciado, justificarían su detención o sometimiento a juicio, si la comisión, tentativa o frustración del crimen o delito se hubiese verificado en el.".

"Art. 4.- No se acordará la extradición de ningún prófugo criminal si el hecho por el cual se pide se considera en el Estado requerido como delito político o hecho conexo con él y ninguna persona entregada por cualquiera de los Estados contratantes al otro, será juzgada ni castigada por ningún crimen o delito político, ni por ningún acto conexo con él, cometido antes de su extradición. Tampoco se acordará la extradición si la persona contra quien obra la demanda, prueba que ésta se ha hecho con el propósito de juzgarle o castigarle por un delito político o hecho conexo con él. No se considerará delito político ni hecho conexo semejante, el atentado en cualquier forma y medio contra la vida de la persona de un Jefe de Estado. Si surgiere alguna cuestión sobre si un caso está comprendido en lo previsto en este artículo, será definitiva la decisión de las autoridades del Estado al cual se haga la demanda o que haya concedido la extradición". (Resaltado de la Sala).

Según la sentencia Nº 98 del 15 de marzo del año 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, y la sentencia T-34/94 del 10 de agosto de 1994 de la Corte Constitucional de la República de Colombia, se infieren como hechos públicos notorios los transmitidos por los medios de comunicación masivos, nacionales e internacionales con ocasión de los sucesos ocurridos en la ciudad de Caracas, los días 11, 12 y 13 de abril de 2002.

Por otra parte, es un fin superior de las naciones del continente americano la preservación y defensa de la democracia y así quedó evidenciado en el "Vigésimo Noveno Período Extraordinario de Sesiones" donde los Ministros de Relaciones Exteriores y los Jefes de Delegación ante la Organización de los Estados Americanos, aprobaron la Resolución AG/RES.1 (XXIX-E02) denominada: "Apoyo a la Democracia en Venezuela", en la cual expresaron su: *"... satisfacción por el restablecimiento del orden constitucional y del gobierno democráticamente elegido del Presidente Hugo Chávez Frías en la República Bolivariana de Venezuela...".* De igual manera exteriorizaron: *"... la determinación de los Estados Miembros de seguir aplicando, con estricto apego a la letra y al espíritu; y sin distinción, los mecanismos previstos por la Carta Democrática Interamericana para la preservación y defensa de la democracia representativa, reiterando el rechazo al uso de la violencia para sustituir a cualquier gobierno democrático en el Hemisferio";* todo en apego a lo establecido en los artículos 1, 2 y 3 de la Carta Democrática Interamericana, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 1.- Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las América."

"Artículo 2.- El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional."

"Artículo 3.- Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos."

A juicio de la Sala, en la presente causa no puede atribuírsele a los hechos imputados al ciudadano Pedro Francisco Carmona Estanga, el carácter de delito político, pues se perdería el sentido de este compromiso internacional.

En efecto, en Venezuela ocurrió: el alzamiento hostil en contra de un gobierno legítimamente constituido, el atentado contra el sistema económico y social de una nación, la coacción y amenaza a la vida del jefe del Estado para deponerlo, la disolución de los Poderes Públicos, la ejecución y consentimiento en el transcurso del "gobierno de facto" de las violaciones de los derechos humanos, en contra de la población venezolana que exigía la restitución del hilo constitucional.

Aunado, a que contra el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, **al parecer, según los elementos de convicción transcritos, se cometió un atentado frustrado, cuya autoría intelectual, orientan al ciudadano imputado Pedro Francisco Carmona Estanga, quedando desvirtuada, como antes se indicó, la naturaleza del delito político de los hechos aquí reproducidos. Tal atentado constituye la excepción contenida en el artículo 4 del precitado Tratado de Extradición.**

Es oportuno señalar, que la adecuación de los hechos reproducidos en este fallo como delito político, sería promover la impunidad, lo que se opondría a los fines de la Carta Democrática Interamericana y a la vigencia del sistema democrático en nuestras naciones americanas.

En consecuencia, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en los indicados convenios internacionales y en las actuaciones del expediente, concluye en que concurren fundados elementos de convicción para estimar que el ciudadano Pedro Francisco Carmona Estanga, deba ser enjuiciado como autor o partícipe exclusivamente en la comisión del delito de Rebelión Civil, ante los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, por los hechos imputados en la acusación fiscal. Así se decide.

6.4.3.2.- Delitos políticos y terrorismo (Derechos Humanos)

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 869, Fecha: 10/12/01

La Sala, al respecto, observa lo siguiente:

En primer término debe destacarse que a favor del ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO y en relación con la solicitud de extradición hecha sobre la base de los delitos que se le atribuyen, se ha alegado, con reiteración, tanto por su Defensa cuanto por ONG venezolanas, que son delitos políticos. Y que, por consiguiente, no es extraditable y tiene derecho al asilo.

El delito político es el que tiene un móvil político, esto es, en el que la pasión política produjo el acto típico. Y si es una rebelión, delito emblemático de los delitos políticos y por el cual está acusado el ciudadano BALLESTAS, principia por depender de si la acción triunfó o fracasó, ya que ello determinará que sus protagonistas sean considerados como héroes o criminales. De tal modo que se ha considerado en Derecho Penal que los alzados en armas no deben ser llamados delincuentes ni sus actos delito, por cuanto le son aplicables las leyes de guerra y deben ser tratados como prisioneros de guerra. El delito de rebelión consiste en la desobedencia a un gobierno legítimo. La complicación surge debido a lo discutible del concepto de legitimidad, que varía según las ideologías y las realidades. Existe sin duda el "ius rebelium" o derecho de rebelión; pero está supeditado a varias condiciones, una de las cuales es que existan fundadas posibilidades de éxito y haya proporción entre los daños que se causarán con la acción insurreccional y los supuestos beneficios que se lograrán. En Derecho Penal también se ha opinado que una vez sofocada la rebelión y cesado el peligro, la amnistía es una necesidad absoluta en Derecho porque se comprende que las acciones se originaron en ideas. Así que en teoría el delito político tiene móviles altruistas: el agente se decidió a sacrificarse por el bien de la patria y de la sociedad y no debe ser tenido como delincuente común. Este delito, como una consecuencia de lo anterior, no implica una inmoralidad ni representa (con la excepción de cuando se cometa) un peligro. Ni tampoco quien lo cometa.

Sin embargo, de antiguo y hasta la Revolución Francesa, el delito político se castigaba con una gran severidad, bajo el título de lesa majestad (“crimen maiestatis”), pues el poder del gobierno se reputaba como infalible, absoluto y eternamente legítimo, puesto que lo creían venido de Dios. Pero por las circunstancias anotadas “ut-supra”, llegó a formarse una generosa tradición liberal y tal severidad se diluyó en una comprensión y consiguiente indulgencia o al menos benignidad en el castigo: la consecuencia, tan lógica cuan importante, fue la concesión del derecho de asilo. Sin embargo, el siglo XX finalizó con una reacción legislativa y doctrinal contra ese favorecimiento. En la propia Francia y, por ejemplo, en Alemania, Inglaterra, Italia y los Estados Unidos de América. Se ha expresado que los delitos contra las instituciones políticas son los más graves de cuantos pueden cometerse contra la comunidad. Acaso sea lo más justo un equilibrio entrambas posiciones y evitar la exageración.

Es verdad que resulta difícil juzgar el delito político, dada la difícil resolución del conflicto entre unos derechos cuyos correlatos son el deber de respetar el orden jurídico establecido y el de pugnar por el bien de la patria. Es harto difícil que prevalezca el bien común o “telos” o fin último de la Justicia, cuando se buscan intereses propios o de grupos minoritarios. Es cierto, igualmente, que dependerá del éxito o fracaso de la acción rebelde, que se glorifique como héroes a los que antes se condenaba como criminales. Los principios científicos del Derecho Penal, en principio idénticos e inalterables, nada valdrían ante aquellas circunstancias que forzarían su pronunciamiento en uno u otro sentido; pero, pese a la volubilidad de esos principios, en la ciencia penal no se debe hacer depender que una conducta sea “jure” (si ejerce un verdadero derecho) o “injure” (si obrar sin ejercerlo) del triunfo o derrota del alzamiento. Por este motivo no debe haber al respecto impunidad sino, en principio, atenuación y aun amnistía.

Es verdad, también, que muchos delitos comunes y los criminales perpetradores, han pretendido la disimulación de las características del delito común simulando un delito político con la invocación del móvil político: en múltiples ocasiones lo han logrado y así ha triunfado la injusticia, porque a un delincuente común y por lo tanto merecedor de la sanción penal común u

ordinaria, se le ha sancionado con una benignidad especial y ha recibido, sin merecerlo, porque se enmascaró como un delincuente político, un trato de favor y una sanción excepcional.

Para conjurar esa injusticia se ha de acudir a la diferenciación de los delitos políticos en dos clases: delitos políticos puros y delitos políticos relativos.

Los delitos políticos puros son los que, animados con un móvil político, vulneran sólo el derecho del Estado.

Los delitos políticos relativos son los que, animados con un móvil político, vulneran el derecho del Estado y además los derechos privados o de personas particulares.

Esa distinción de los delitos políticos entre puros y relativos propició otra distinción, más profunda, entre delitos políticos y delitos sociales.

Delitos políticos son los que afectan la organización e intereses de un Estado. Delitos sociales son los que afectan la paz social, la convivencia humana y las instituciones sociales fundamentales, por lo que van contra la humanidad y en consecuencia contra todos los Estados.

Esas distinciones son de suma importancia para resolver la cuestión de si todos los delitos en los cuales se alegue un móvil político, real o ficto, merecerán aquellos beneficios.

El atentar contra personas inocentes, no relacionadas con los intereses en juego ni con el problema, al cual no han dado lugar ni con hechos ni con palabras, no está justificado ni siquiera en la guerra militar, cuyas leyes prohíben atacar blancos civiles o no comprometidos u objetivos sin interés militar, y preceptúan limitar el ataque sólo a los específicos blancos guerreros o militares. En la guerra se debe diferenciar entre combatientes y no combatientes. Para no afectar a éstos se delimitan las zonas y algunas se declaran de exclusión: desmilitarizadas, desnuclearizadas, sanitarias y neutralizadas. Por todo ello, en conclusión, aun en las guerras convencionales entre potencias militares, la agresión es seleccionada para no dañar a los inocentes.

En el mismo sentido el Derecho Penal humanitario tiene como uno de sus propósitos fundamentales el de proteger los derechos humanos de las personas que no participan en las hostilidades armadas (artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II) y, a tal fin, limitar los medios de hacer la guerra. Dicho artículo 3, en caso de conflicto armado nacional, establece que como mínimo hay la obligatoriedad de tratar "con humanidad" a los no combatientes, por lo que se prohíben los atentados contra la vida e integridad personal y especialmente el homicidio (en todas sus formas) y los tratos crueles, así como la toma de rehenes. Las normas del artículo 3 tienen un valor de Derecho consuetudinario y constituyen un mínimo -en términos de obligación- que los beligerantes deben siempre respetar. Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron un importante progreso en el desarrollo del Derecho humanitario. Y se mejoró su protección a las víctimas de conflagraciones armadas con la adopción de nuevos considerandos en forma de Protocolos añadidos a los mencionados Convenios. Las Altas Partes Contratantes tienen la obligación jurídica de difundir lo más ampliamente posible esos Convenios y sus Protocolos adicionales. El Derecho Penal humanitario tiene carácter imperativo y no derogable: "*jus cogens*". Este Derecho no es susceptible de vacíos jurídicos y, aunque con menor viabilidad, conserva su vigencia en situaciones muy difíciles (conflictos armados no convencionales o informales o "no estructurados") y cuando la población civil está más expuesta a la violencia. Ante estas situaciones hay que desplegar esfuerzos mayores para divulgar el Derecho internacional humanitario. Los jueces penales son los encargados de la sanción del Derecho humanitario. Un indefectible medio internacional para la aplicación del Derecho humanitario es que los Estados se presten asistencia mutua judicial en materia penal.

Es una realidad inconcusa e indiscutible que la lucha armada de índole política debe regirse por las leyes de guerra. Así que atentar contra inocentes o los derechos privados o de personas particulares, aunque se alegue un móvil político, no está justificado en lo absoluto.

Entonces: si semejante atentado contra inocentes o los derechos privados se realiza por medio de una violencia y alevosía tales que provoquen males innecesarios, estragos y terror, estaríase ante el TERRORISMO indiscriminador, esto es, aquel que no

es selectivo al escoger sus blancos y ex profeso ataca inocentes.

El TERRORISMO, y máxime el TERRORISMO indiscriminador, desconoce las prescripciones del Derecho Penal humanitario, hace peligrar vidas humanas inocentes y muchas veces las aniquila, por lo que atenaza las libertades esenciales y yugula los derechos humanos, por todo lo cual violenta la paz social e impide la convivencia humana al lesionar las instituciones sociales fundamentales, por lo que es un delito de lesa humanidad o "delicta iuris gentium" y no merece el beneficio del delito político puro o idealista. El TERRORISMO es un falso delito político. No se finca en un legítimo y sano móvil político, sino en uno espurio y corrompido: no es un buen ideal de gobierno el perjudicar inocentes y hasta matarlos deliberadamente. El TERRORISMO no es un delito político de los que merecen un beneficio. Beneficio que repugnaría a la Justicia, al Derecho Penal y al sentido moral de las gentes en el mundo.

El TERRORISMO es proteiforme porque abarca numerosos medios de comisión. Uno es el secuestro de aviones y es una de las acciones que se le imputan en Colombia al ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO. Otro es el secuestro de personas y así mismo es un proceder por el cual se acusa penalmente ("secuestro extorsivo") en Colombia al ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO. Sobre la base de la imputación de tales conductas se decretó en Colombia la detención del ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO.

A los autores o indiciados o sospechosos de hechos delictivos calificables y calificados como TERRORISMO, no se les debe conceder el derecho al asilo o refugio cuando se les acusa, con sólidos fundamentos, de cometer actos que no sólo perturbaron el orden de un Estado determinado, sino el de todas las naciones civilizadas. La solidaridad debe unir a los Estados en el rechazo a ese tipo de actuaciones. Un problema internacional debe tener una solución internacional y, ante la universalización del TERRORISMO, es un deber cosmopolita el de prestar toda la cooperación al efecto: es indispensable para la aplicación del Derecho humanitario que los Estados se prodiguen una recíproca asistencia mutua judicial en materia penal.

El TERRORISMO es un delito proditorio, protervo y proteico, que hace víctimas, en particular, a las poblaciones de los Estados

en los cuales se escenifican los bárbaros medios de comisión. Y, en general, hace víctima a la población mundial que sufre el terror de que atentados similares se produzcan en todas partes. Al TERRORISMO se le considera un delito internacional contra el derecho de gentes y por eso se han organizado unas coaliciones universales para enfrentarlo.

El TERRORISMO está constituido por una serie de conductas de atroz inhumanidad, que no son delitos políticos y que por esto siempre deben dar lugar a la extradición: es inadmisible que baste un móvil político para justificar cualquier clase de crimen. El fin político no debe justificar ciertos medios de lucha. Los delitos políticos, como idealistas que son o debieran ser, son refractarios a los crímenes más graves y aunque tengan una finalidad política o sus autores la pretextaran: predominaría el carácter de delito común por la teoría de la preponderancia y no hay lugar a inmunidad internacional alguna.

Desde otra perspectiva, el Código Penal colombiano (según la copia legalizada adjunta a la solicitud de extradición) sanciona en sus artículos 125, 268, 281 y 329, respectivamente, los delitos de REBELIÓN, SECUESTRO EXTORSIVO, APODERAMIENTO Y DESVIACIÓN DE AERONAVES y HOMICIDIO CULPOSO.

El Código Penal venezolano, mientras tanto, tipifica y sanciona los delitos de REBELIÓN, SECUESTRO, EXTORSIÓN, APODERAMIENTO Y DESVIACIÓN DE AERONAVES y HOMICIDIO CULPOSO, en los artículos 153, 452, 461, 368 y 411 respectivamente, lo cual determina que se cumpla el principio de la "doble incriminación" (que los delitos que basan la solicitud también lo sean en la ley venezolana) exigido en el artículo 6 del Código Penal venezolano para poder conceder la extradición.

Empero, en trance de una extradición, la Sala Penal aclara que el delito de REBELIÓN es político por antonomasia.

En relación con el delito de apoderamiento y desviación de aeronaves, el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, en el cual Venezuela y Colombia son Estados contratantes, en su artículo 8 lo prevé como un delito de extrema gravedad para la comunidad internacional y lo considera incluido

en todo tratado de extradición: por tanto está incluido en el ya pormenorizado Acuerdo Bolivariano de Extradición de 1911.

De allí que de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esos tratados tienen jerarquía constitucional y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás organismos del Poder Público en Venezuela.

Cursan en el expediente suficientes indicios que comprometen la responsabilidad del ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO en la presunta comisión de los delitos por los cuales es solicitado en extradición y que justifican la medida de aseguramiento dictada en su contra.

Así tenemos lo que sigue: 1) El informe sobre el curso de pilotaje iniciado por JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO en el Centro de entrenamiento Aeronáutico, PROTÉCNICA LIDA, en la ciudad de Cartagena, Colombia, desde el 29 de agosto de 1992 hasta el 6 de julio de 1993. 2) Constancias de los registros hoteleros acerca del hospedaje del ciudadano solicitado junto con los otros ciudadanos presuntamente involucrados, días antes del secuestro de la aeronave. 3) Las conclusiones de las actividades de "inteligencia" desarrolladas y que permiten señalar a JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO como la persona que utilizó el nombre de JOSÉ FERNANDO GUTIÉRREZ, cédula de ciudadanía Nº 72.184.802 y quien estuvo hospedado del 2 al 4 de abril de 1999 en el Hotel Ruitoque, según la tarjeta de registro hotelero Nº 6225311. 4) Los informes investigativos o de "inteligencia", suscritos por funcionarios estatales y que constituyen documentos públicos, que dan fe sobre la participación del ciudadano (requerido en extradición) en los hechos que se le adjudican por el gobierno colombiano. 5) La fotocopia del diagrama con la ubicación de los secuestradores que en el caso de JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO, corresponde a JOSÉ F. GUTIÉRREZ. 6) Las declaraciones de los empleados del hotel donde se hospedó JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO.

El Defensor del ciudadano BALLESTAS alegó que había visto algunos registros hoteleros tachados o con borrones en el expediente. La abogada MARIBEL PARDO GONZÁLEZ, por parte del Estado requirente, replicó que tales registros estaban inalterados y que esto podía comprobarse en el original del expediente, que

fue traído de Colombia: la Sala Penal verificó en público el expediente y aquellos registros y comprobó su inalterabilidad.

De todo lo expuesto con anterioridad, se concluye en que sí es procedente la solicitud de extradición en lo que respecta a los delitos de SECUESTRO EXTORSIVO y APODERAMIENTO Y DESVIACIÓN DE AERONAVES, de conformidad con el artículo 8 del Acuerdo Bolivariano de Extradición.

Las sanciones asignadas a los mencionados delitos no contemplan la pena de muerte o una pena perpetua ni en Venezuela ni en Colombia.

El artículo 268 del Código Penal de la República de Colombia (según copia legalizada que acompaña la solicitud de extradición) sanciona el delito de secuestro extorsivo con pena de veinticinco a cuarenta años, es decir, que el límite máximo estipulado (para la pena) es mayor al establecido como límite máximo en Venezuela.

En el presente caso, los hechos materia del proceso ocurrieron el 12 de abril de 1999, según se desprende de la resolución interlocutoria dictada por la “Unidad Nacional de Derechos Humanos, Dirección Nacional de Fiscalías de la Fiscalía General de la Nación”, por lo que de acuerdo con la normativa correspondiente a la prescripción de la acción penal en la legislación venezolana, contenida en el artículo 108 (ordinales 1°, 2º y 3°) del Código Penal, la acción penal en el presente caso no ha prescrito.

En virtud de todo lo expuesto, este Tribunal Supremo de Justicia considera procedente conceder la extradición del ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO, solicitada por el gobierno de la República de Colombia, por tratarse de un extranjero cuya detención expresa ha ordenado la “Unidad Nacional de Derechos Humanos, Dirección Nacional de Fiscalías de la Fiscalía General de la Nación”, autoridad competente para ello, por los delitos de SECUESTRO EXTORSIVO y APODERAMIENTO Y DESVIACIÓN DE AERONAVES, los que, como se expuso con anterioridad (Teoría de la preponderancia), no son políticos, ni conexos con éstos; que están sancionados por las legislaciones internas tanto del país requerido, la República Bolivariana de Venezuela, como el requirente, la República de Colombia; que están establecidos

en el Tratado de Extradición como delitos que dan lugar a la misma; que no están prescritas sus acciones y que no comportan para el requirente pena de muerte o perpetua.

El numeral 3 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

“Artículo 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia:

3. La pena no puede trascender de la persona condenada. No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años”.

Igualmente el artículo 271 de la Constitución establece:

“ARTÍCULO 271.- En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpuestas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil.” (Subrayados de la Sala).

La Sala, para proceder ajustada en un todo a la disposición constitucional citada con antelación, hace constar de manera expresa lo siguiente: no se concede la extradición del ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO por el delito político de REBELIÓN. Sí se concede la extradición del ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO por la presunta comisión del delito común de SECUESTRO EXTORSIVO, cuyas graves características criminosas, en general, también son propios de la delincuencia organizada internacional y en especial del TERRORISMO: unas

de sus acciones típicas son precisamente el SECUESTRO y la EXTORSIÓN. Y que, aunque todos los delitos que sean contra las personas son igualmente contra los derechos humanos, éstos son especialmente violados por los delitos de secuestro de personas y aviones. Y que no se concede su extradición por la presunta comisión del delito de HOMICIDIO CULPOSO, pues a pesar de que en principio el homicidio debiera siempre dar lugar a la extradición y se trata en este caso de un presunto delito conexo con el de SECUESTRO, porque según la acusación penal que opera en Colombia, la muerte del pasajero fue causada por la angustia que sintió durante los meses que duró su SECUESTRO, la relación de causalidad aparece tan intrincada que prácticamente se desvanece y sería llegar al extremo, ya superado en la ciencia penal, de que "qui causa causal est causa causatum": "La causa de la causa es causa del mal causado". Hace constar así mismo que los jueces naturales del ciudadano BALLESTAS están en Colombia, porque fue el lugar donde se cometieron los delitos que se investigan para determinar si en realidad hubo la autoría y culpabilidad del mencionado ciudadano. Y que allá es donde pudieran hallarse las eventuales pruebas de los delitos imputados al ciudadano BALLESTAS. La Sala deja constancia de que la pena a aplicársele, caso de que sea declarada su responsabilidad penal, no debe exceder los treinta años y según lo establecido en el ordinal 3° del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

6.4.4.-Principio Jurisdiccional

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 615, Fecha: 18/11/2008

Ahora bien, debemos recordar que respecto al procedimiento de extradición, el Estado venezolano obra con un alto sentido de responsabilidad, por una parte acepta la extradición como una obligación moral conforme al Derecho Internacional, pero se reserva la apreciación para concederla o negarla, tomando en cuenta si en el caso concreto se contrarían los principios de nuestra legislación nacional o no están conformes con la razón y la justicia.

En tal sentido, los artículos 6 del Código Penal y 391 al 399

del Código Orgánico Procesal Penal, recogen los principios básicos que en materia de extradición establece el derecho positivo venezolano.

Conforme al artículo 6 del Código Penal, la extradición de un extranjero no procede:

a) Por delitos políticos y sus conexos.
b) Por hechos que en Venezuela no estén calificados como delitos.
c) Cuando la pena asignada al delito por la legislación del país requirente, sea de muerte o perpetua.

Y el artículo 391 del Código Orgánico Procesal Penal establece que “La extradición se rige por las normas de este TÍTULO, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”.

Al analizar la documentación enviada por el Gobierno requirente, se evidencia que los hechos que se imputan a las ciudadanas de nacionalidad portuguesa MARÍA MARGARIDA SILVA MÉNDES y MARÍA VIRGINIA PINTO CIDADE PASSOS, son ilícitos tanto en el país requirente como en el requerido, pues se trata de uno de los delitos conocido internacionalmente como TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES, delito no político ni conexo con éste, previsto y sancionado en nuestra legislación, cuya acción penal no se encuentra prescrita y que ni en el país requirente ni en el nuestro acarrea pena de muerte ni mayor de 30 años.

No obstante, esta Sala observa que las ciudadanas solicitadas han sido procesadas en este país y condenadas a cumplir la pena de 9 años de prisión más las accesorias de ley, por la comisión del delito de Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes en la modalidad de Transporte, previsto y sancionado en el artículo 31 de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, según sentencia de fecha 25 de enero de 2006, dictada por el Tribunal Tercero de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, en virtud de haber sido detenidas en el Aeropuerto de Maiquetía, hechos éstos por los cuales no podrán ser

condenadas en otro país, de conformidad con el principio internacional penal "Ne bis in idem", contemplado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De tal manera que la presente solicitud de extradición pasiva, debe ser declarada improcedente, de conformidad con lo antes señalado, toda vez que las ciudadanas de nacionalidad portuguesa MARÍA MARGARIDA SILVA MÉNDES y MARÍA VIRGINIA PINTO CIDADE PASSOS, tal y como consta en el expediente, han sido procesadas y condenadas en nuestro país por la comisión del delito de TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, y se encuentran en la actualidad cumpliendo la pena de 9 años de prisión, impuesta por los tribunales venezolanos, en el Instituto Nacional de Orientación Femenina (INOF), bajo la supervisión del Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución del Estado Vargas. Así se decide.

6.4.5.-Principio de la especialidad

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 487, Fecha: 07/10/2008

Es oportuno hacer referencia, que entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Italia, existe un tratado de Extradición, suscrito en Caracas el 23 de agosto de 1930 (Aprobación legislativa: 23 de junio de 1931. Ratificación ejecutiva: 23 de diciembre de 1931. Canje de ratificaciones: en Roma, el 4 de marzo de 1932) el cual dispone en sus artículos 1, 2, y 9 lo siguiente:

Artículo 1°: "*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a hacer buscar, arrestar y entregarse recíprocamente las personas que, sindicadas o condenadas por la competente autoridad judicial de uno de los dos países, por alguno de los delitos indicados en el artículo siguiente, se encontraren en el territorio de otro*".

Artículo 2°: "*Se concederá la extradición de los autores y cómplices de delitos comunes, condenados a una pena restrictiva de libertad personal no inferior a seis meses, o a quienes, según la ley del Estado requirente, pueda aplicárseles una pena restrictiva*

de la libertad personal no inferior a un año. Podrá concederse la extradición, en vista de circunstancias particulares, aun por delitos no comprendidos en la primera parte del presente artículo, cuando lo permitan las leyes de los Estados contratantes".

Artículo 9°: *"La extradición se acordará sobre la base de una sentencia condenatoria o de* ***un auto de prisión o cualquiera otra providencia equivalente al auto****, que deberá indicar la naturaleza y la gravedad del hecho, y las disposiciones de las leyes penales aplicadas o aplicables…".*

Visto lo anterior y, en cumplimiento con los supuestos requeridos en el artículo 392 del Código Orgánico Procesal Penal para la procedencia de la Extradición Activa, la Sala observa que en el presente caso: la Fiscalía del Ministerio Público solicitó la medida privativa judicial preventiva de libertad contra el ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN, la cual fue acordada por el Juzgado Trigésimo Cuarto de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en los indicados artículos del Código Penal y del Código Orgánico Procesal Penal; en el Tratado de Extradición suscrito entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Italia, aunado al principio de reciprocidad internacional y en las actuaciones que constan en el expediente, estima procedente solicitar al Gobierno de la República de Italia la extradición del ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN, por los delito imputados y en base a los cuales le fue decretada medida de privación judicial preventiva de libertad, ya que su evasión ha ocasionado que la causa seguida en su contra se paralizara en esa etapa procesal.

En ese punto resulta oportuno acotar, que tal como lo ha establecido la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en reiterada jurisprudencia y el artículo 392 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano vigente; así como también el artículo 9 del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela e Italia, del 23 de agosto de 1930, la extradición se acordará sobre la base de una sentencia condenatoria o de un auto de prisión o cualquier otra providencia equivalente al auto.

Como colorario de lo anterior, el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), en sus artículos 352, 354 y 365 disponen que: *"… Artículo 352: La extradición alcanza a los procesados o condenados como autores, cómplices o encubridores de delito.*

Artículo 354: Asimismo se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados, según su calificación provisional o definitiva por el juez o tribunal competente del Estado que solicita la extradición, no sea menor de un año de privación de libertad o que esté autorizada o acordada la prisión o detención preventiva del procesado, si no hubiere aún sentencia firme. Esta debe ser de privación de libertad… (Omissis)….
Artículo 365: Con la solicitud de extradición deben presentarse: 1. Una sentencia condenatoria o un mandamiento o auto de prisión o un documento de igual fuerza…".

Es oportuno resaltar que (tal como se encuentra establecido en el Tratado de Extradición suscrito entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Italia) nuestro país también ha suscrito varios Tratados de Extradición, en los que la misma procede sólo con el auto de aprehensión o arresto, siendo alguno de ellos:

Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y Bélgica, del 13 de marzo de 1884, cuyo artículo 10, consagrada la procedencia de la extradición: *"… Si se trata de un delincuente o de un acusado, la extradición será concedida en virtud de presentación, ya del auto de arresto, ya de otro acto que tenga la misma fuerza, ya del auto de remisión o de acusación, ya de cualquier otro acto en que se decrete formalmente la entrega del delincuente ante la jurisdicción, siempre que estos actos, mandatos, ordenanzas o autos, emanen de autoridades competentes…".*

Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela, Ecuador, Bolivia, Perú y Colombia, del 18 de julio de 1911, en su artículo 8: *"… La solicitud de extradición deberá estar acompañada de la sentencia condenatoria si el prófugo hubiese sido juzgado y condenado; o del auto de detención dictado por el Tribunal competente…".*

Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y Francia,

del 23 de marzo de 1853, artículo 3: *"...Los documentos que deberán presentarse en apoyo de la demandas de extradición, serán el mandato de arresto librado conforme a las leyes del país cuyo gobierno pide la extradición..."*.

Conforme a lo anterior, la declaratoria de procedencia de la presente extradición se basa en el hecho de que contra el ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN, concurren fundados elementos de convicción para estimar que ha sido autor o partícipe en la comisión de los delitos de APROPIACIÓN Y DISTRACCIÓN DE RECURSOS DE UNA INSTITUCIÓN FINANCIERA y FRAUDE DOCUMENTAL EN GRADO DE CONTINUIDAD, tipificados en los artículos 432 y 433 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, respectivamente, en perjuicio del Banco Occidental de Descuento, quedando suspendido el proceso seguido en su contra por cuanto no se encuentra en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela.

Aunado a ello la medida preventiva judicial privativa de libertad hasta la presente fecha no se ha podido ejecutar en virtud de que el referido ciudadano salió del territorio nacional, tal como consta en los movimientos migratorios presentados ante la Sala de Casación Penal por la Dirección Nacional de Migración y Zonas Fronterizas el 25 de septiembre de 2008.

Por todo lo antes señalado, la Sala considera que la presente solicitud de extradición, cumple con los requisitos necesarios para su procedencia, es decir, se encuentra vigente un Tratado de Extradición entre los países partes de la presente extradición; los delitos imputados al ciudadano REMO ALEJANDRO PASSARIELLO GOELDLIN, se encuentran tipificados tanto en la República Bolivariana de Venezuela como en la Legislación del Gobierno de Italia, por lo que se verifica la doble incriminación; la pena que para el mismo se establece no excede los treinta (30) años ni la condena a pena perpetua; no se encuentra prescrita la acción penal y además, la calificación jurídica dada a los hechos no constituyen delitos políticos ni conexos con estos. Así se decide.

6.4.6.-Principio de la mínima gravedad del hecho[15]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 440, Fecha: 20/10/10

De igual forma, cabe agregar que no se desprende de las actuaciones consignadas ningún elemento que haga presumir la prescripción en el presente caso, en especial, tratándose de delitos que tienen asignadas penas considerablemente altas, que fueron perpetrados en fecha reciente, específicamente, el 3 de noviembre de 2009.

En síntesis, al analizar la documentación enviada por el Gobierno requirente, se evidencia, que en el presente caso se cumplen los principios generales que regulan la materia de extradición en nuestro país. Así nos encontramos que: a) Principio de la doble incriminación: De acuerdo a este principio, el hecho que origina la extradición debe ser constitutivo de delito tanto en la legislación del Estado requirente como en la legislación del Estado requerido, y tal como quedó establecido en el presente caso, los delitos de ROBO AGRAVADO, PORTE ILÍCITO DE ARMAS y APROVECHAMIENTO DE VEHÍCULOS PROVENIENTES DE HURTO O ROBO se encuentran tipificados en las legislaciones de ambos países; b) **Principio de la mínima gravedad del hecho: De acuerdo al cual sólo procede la extradición por delitos y no por faltas, y en el caso que nos ocupa la extradición fue solicitada por la comisión de tres delitos; c) Principio de la especialidad: De acuerdo al cual el sujeto extraditado no puede ser juzgado por un delito distinto al que motivó la extradición, cometido con anterioridad a la solicitud, y en el presente caso la extradición debe concederse única y exclusivamente por los tres delitos que motivaron la solicitud; d) Principio de no entrega por delitos políticos: De acuerdo al cual se prohíbe la entrega de sujetos perseguidos por delitos políticos, y en el presente caso se dejó claramente establecido que los delitos que motivaron la solicitud no son políticos ni conexos con éstos; e) Principio de la no entrega del nacional: Según el cual el Estado Requerido no entregará a sus nacionales, y en el presente caso, se solicita a la República**

15. SCP. Fecha: 16/06/1998, EXP Nº: 98-003, Cecilia Núñez Chipana.

Bolivariana de Venezuela la extradición de un ciudadano extranjero de nacionalidad italiana; f) Principios relativos a la acción penal: De acuerdo a los cuales no se concederá la extradición si la acción penal o la pena han prescrito conforme a la ley del Estado requirente o del Estado requerido, y en el presente caso se dejó constancia que no consta ningún elemento que acredite la prescripción; g) Principios relativos a la pena: Según los cuales no se concederá la extradición por delitos que tengan asignada en la legislación del Estado requirente la pena de muerte o una pena perpetua, y tal como se determinó en el presente caso el ciudadano requerido es procesado por delitos cuyas penas no exceden de treinta años de privación de libertad.

En último término, respecto a los alegatos planteados por la Defensa, la Sala observa:

El defensor del ciudadano D'ANNIBALE VINCENZO, alegó que no existe acusación contra su defendido. Al respecto, se observa que, tal como determinó precedentemente, la extradición resulta procedente con base a: *"…un acto de prisión o cualquiera otra providencia equivalente al auto…"*, y en el presente caso, existe una orden de detención provisional contra el ciudadano D'ANNIBALE VINCENZO, por un órgano jurisdiccional competente, por lo que conforme al artículo 9 del Tratado de Extradición suscrito entre la República de Italia y la República Bolivariana de Venezuela, la extradición resulta plenamente procedente.

De igual forma, el defensor planteó que: *"…el gobierno de Italia… no ha acompañado pruebas suficientes de los hechos demostrativos de los delitos por los cuales se requiere la entrega y la participación del reclamado…"*. Al respecto, la Sala observa que, tal como se evidencia de la documentación que fue presentada en el presente caso, que ha sido transcrita anteriormente, particularmente, del auto de medida coercitiva de prisión provisional, dictado el 15 de febrero de 2010 por el Tribunal de Frosinone, se dejó plenamente establecido cuáles son los hechos imputados al ciudadano D'ANNIBALE VINCENZO, la calificación jurídica asignada a los mismos, los elementos probatorios suficientes en los que se basó dicho juzgado para adoptar tal determinación judicial, dejando, además, claramente establecido la gravedad y magnitud de los hechos enjuiciados.

Asimismo, el mencionado defensor expuso que a su representado: *"…se le han violado sus derechos constitucionales, referidos al debido proceso y al de la libertad personal…"*. Al respecto la Sala observa que, de toda la documentación que fue consignada en el presente caso, se evidencia que efectivamente el ciudadano D'ANNIBALE VINCENZO, fue aprehendido el 23 de marzo de 2010 en la ciudad de Porlamar del estado Nueva Esparta, sin documentación alguna, por lo que se procedió a realizar los respectivos trámites a los fines de lograr su verdadera identificación, entre ellas, experticia dactiloscópica; quedando a la orden de las autoridades administrativas correspondientes, específicamente, a la orden del Departamento de Control de Aprehendidos y Deportados del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), a los fines de su deportación dada su situación ilegal en el país (por su falta de identificación), así como, por la ausencia de registros migratorios legales que acrediten su ingreso al país, como se evidencia de comunicación Nº 21832010, de fecha 17 de junio de 2010, suscrita por el Tcnel. Carlos Ramón Carvallo, Director Nacional de Migración y Zonas Fronterizas, en la cual se dejó constancia que: *"…el ciudadano VINCENZO D'ANNIBALE, de nacionalidad italiana 'No registra Movimientos Migratorios'…",* tratándose hasta ese momento de un proceso de naturaleza exclusivamente administrativa, no jurisdiccional y menos aún penal, por lo que no resultaba aplicable al caso el procedimiento regulado en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, dispuesto exclusivamente para el proceso penal.

Paralelamente, se inició el procedimiento de solicitud de extradición del ciudadano D'ANNIBALE VINCENZO, planteada por el gobierno de Italia, en virtud de lo cual, el 6 de julio de 2010, el Juzgado Trigésimo Segundo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, dictó contra el referido ciudadano, medida cautelar de privación de libertad con fines de extradición, conforme a lo establecido en el artículo 396 del Código Orgánico Procesal Penal, librándose la orden de captura correspondiente.

Una vez que se logró determinar la verdadera identidad de la persona que había sido aprehendida en el estado Nueva Esparta, es que se pudo constatar que su identidad correspondía a la persona solicitada en extradición por el gobierno de Ita-

lia. En virtud de ello, el 26 de agosto de 2010, abogado Yamilet Romero Zambrano, Fiscal Auxiliar Octogésimo Primero de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, se dirigió al Juzgado Trigésimo Segundo de Control, a los fines de que verificara la veracidad de la información respecto a la detención de la persona solicitada en extradición; diligencias que fueron ordenadas practicar por el Juzgado en referencia el 27 de agosto de 2010. Luego de verificada la circunstancia que la persona detenida en trámite de deportación (por situación ilegal en el país) era la misma persona solicitada en extradición, el 27 de septiembre de 2010, el abogado Espartaco Martínez, Fiscal Cuadragésimo Noveno a Nivel Nacional con Competencia Plena, solicitó al Juzgado de Control, la celebración de la Audiencia de presentación con fines de extradición.

El 29 de septiembre de 2010, se celebró la Audiencia Oral ante el Juzgado Trigésimo Segundo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, oportunidad en que fue oído debidamente el ciudadano D'ANNIBALE VINCENZO. Ante esa instancia, su defensor planteó la misma circunstancia respecto a la detención y el órgano jurisdiccional, al respecto, se pronunció en los términos siguientes: *"…visto lo dicho por la defensa, que no entiende si está detenido su defendido desde el mes de marzo de 2006, no había sido presentado por algún órgano jurisdiccional; observa quien aquí decide que la defensa no ha ejercido recurso alguno, ordinario o extraordinario, amparándose en nuestras legislaciones, al igual que consta en autos que es la primera oportunidad que es notificado este órgano jurisdiccional, por lo que se procedió conforme a lo establecido en el contenido en el artículo 396 del Código Orgánico* (sic)*, es por ello que se declara sin lugar la nulidad de lo alegado, por cuanto se observa que una vez subsanado la presunta violación del debido proceso. Por lo cual se niega el otorgamiento de una Medida Cautelar Sustitutiva de Libertad solicitada por la defensa y el imputado de autos, motivando que el delito admitido y requerido por el país requirente es de gran magnitud y no procede la misma, se acuerda así mismo instar al representante Fiscal en caso de considerarlo pertinente sea aperturaza* (sic) *investigación en contra de los funcionarios actuantes…".*

De todo lo narrado precedentemente, la Sala observa que, no resultaron acreditadas las violaciones alegadas por el defen-

sor del ciudadano italiano D'ANNIBALE VINCENZO, dado que una vez que el órgano jurisdiccional tuvo conocimiento de la ubicación e identidad de la persona solicitada en extradición, procedió inmediatamente a continuar con el trámite procesal correspondiente, así como, consta que el gobierno de la República de Italia, consignó la documentación correspondiente desde el 22 de abril de 2010, cuando solicitó formalmente la extradición del referido ciudadano.

En virtud de todo lo expuesto, la Sala DECLARA PROCEDENTE la extradición del ciudadano D'ANNIBALE VINCENZO, de nacionalidad italiana, nacido en Ceccano, Provincia de Frosinone, Italia, el 6 de diciembre de 1961, actualmente recluido en la Brigada de Acciones Especiales (BAE) del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, solicitada por el Gobierno de la República de Italia, por los delitos de ROBO AGRAVADO, PORTE ILÍCITO DE ARMAS y APROVECHAMIENTO DE VEHÍCULOS PROVENIENTES DE HURTO O ROBO. Así se decide.

No obstante la anterior declaratoria, esta Sala observa:

a) Que el ciudadano que se extradita no podrá ser juzgado por otros hechos distintos a los señalados en la solicitud de extradición, cometidos con anterioridad a la referida solicitud.
b) Que al ciudadano que se extradita no se le podrá imponer la pena de muerte, ni penas superiores de treinta (30) años de privación de libertad.

6.4.7.-Principio de las penas excluidas

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 681, Fecha: 14/12/2006

El Gobierno de Colombia, fundamenta la solicitud de extradición en el Acuerdo Bolivariano sobre Extradición, suscrito entre la República Bolivariana de Venezuela y las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, el 18 de julio de 1911.

El artículo 6 del Código Penal venezolano establece:

"La extradición de un venezolano no podrá concederse por ningún motivo; pero deberá ser enjuiciado en Venezuela, a solicitud de parte agraviada o del Ministerio Público, si el delito que se le imputa mereciere pena por la ley venezolana.

La extradición de un extranjero no podrá tampoco concederse por delitos políticos ni por infracciones conexas con estos delitos, ni por ningún hecho que no esté calificado de delito por la ley venezolana.

La extradición de un extranjero por delitos comunes no podrá acordarse sino por la autoridad competente, de conformidad con los trámites y requisitos establecidos al efecto por los Tratados Internacionales suscritos por Venezuela y que estén en vigor y, a falta de éstos, por las leyes venezolanas.

No se acordará la extradición de un extranjero acusado de un delito que tenga asignada en la legislación del país requirente, la pena de muerte o una pena perpetua.

En todo caso, hecha la solicitud de extradición, toca al Ejecutivo Federal, según el mérito de los comprobantes que se acompañen, resolver sobre la detención preventiva del extranjero, antes de pasar el asunto al Tribunal Supremo de Justicia".

A juicio de esta Sala, en la presente solicitud se encuentran satisfechas las exigencias contenidas en la referida norma, ya que los delitos por los cuales se pide la extradición del ciudadano HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES, se subsumen en lo dispuesto en los artículos 52, 58 y 70 de la Ley Contra la Corrupción, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.637, Extraordinaria, de fecha 7 de abril de 2003. Dichas disposiciones establecen:

"Artículo 52. *Cualquiera de las personas señaladas en el artículo 3 de la presente Ley que se apropie o distraiga, en provecho propio o de otro, los bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público, cuya recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo, será penado con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa del veinte por ciento (20%) al sesenta por ciento (60%) del valor de los bienes objeto del delito. Se aplicará la misma pena si el agente, aun cuando no tenga en su poder los bienes, se los apropie o distraiga o contribuya para*

que sean apropiados o distraídos, en beneficio propio o ajeno, valiéndose de la facilidad que le proporciona su condición de funcionario público".

"**Artículo 58**. *El funcionario público que, con el objeto de evadir la aplicación de los procedimientos de licitación u otros controles o restricciones que establece la ley para efectuar determinada contratación, o alegare ilegalmente razones de emergencia, será penado con prisión de seis (6) meses a tres (3) años. Con igual pena serán sancionados los funcionarios públicos que otorgaren las autorizaciones o aprobaciones de tales contrataciones".*

"**Artículo 70**. *El funcionario público que, al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato u otra operación, se concierte con los interesados o intermediarios para que se produzca determinado resultado, o utilice cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, será penado con prisión de dos (2) a cinco (5) años. Si el delito tuvo por objeto obtener dinero, dádivas o ganancias indebidas que se le dieren u ofrecieren a él o a un tercero, será penado con prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de hasta el cien por ciento (100%) del beneficio dado o prometido. Con la misma pena será castigado quien se acuerde con los funcionarios, y quien diere o prometiere el dinero, ganancias o dádivas indebidas a que se refiere este artículo".*

De las normas transcritas se evidencia que los delitos por los cuales se solicita la extradición del ciudadano HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES, están previstos en la legislación venezolana, por lo que se da cumplimiento al principio de la doble incriminación.

Los referidos hechos punibles son considerados comunes tanto en la República Bolivariana de Venezuela como en el país requirente, por lo que no se trata de delitos políticos ni conexos con éstos.

Los delitos imputados al ciudadano HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES no comportan en el país requirente pena de muerte o perpetua ni exceden del límite máximo de treinta años, tal como lo exigen los artículos 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 94 del Código Penal. Además, dichos delitos, de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 271 de la Constitución, son imprescriptibles.

"**Artículo 271**.- *En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.*

El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpuestas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil". (Subrayado de la Sala).

Del análisis de la solicitud de extradición formulada por el Gobierno de la República de Colombia, esta Sala de Casación Penal concluye en que lo procedente es conceder la extradición del ciudadano HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES, por tratarse de un extranjero cuya detención expresa fue ordenada por la autoridad competente para ello, por los delitos de Peculado por Apropiación, Interés Ilícito en la Celebración de Contratos, Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilidades e Incompatibilidades y Tramitación de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales. Delitos que no son políticos ni conexos con éste y que están sancionados por las legislaciones internas tanto del país requirente, la República de Colombia, como el requerido, la República Bolivariana de Venezuela y no comportan en la primera de las mencionadas naciones pena de muerte o perpetua ni mayor de treinta años.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se declara procedente la extradición del ciudadano HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES. Así se decide.

6.4.7.1- Cese del procedimiento de extradición pasiva al constatarse que el Estado requirente no garantiza la aplicación de una pena que no exceda los 30 años

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 86, Fecha: 21/03/2006

Esta Sala de Casación Penal en fecha 19 de Febrero de 2004 acordó la extradición del ciudadano Mateo Juan Holguín Ovalle condicionando la entrega del referido ciudadano hasta tanto las autoridades competentes del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica aceptaren el compromiso de no imponerle al extraditado, en caso de que resultare condenado, una pena que excediere un lapso de treinta (30) años, todo ello en virtud de la garantía constitucional que se encuentra plasmada en el artículo 44, numeral 3° de nuestra Carta Magna.

Asimismo, se evidencia de las Notas diplomáticas N°(s) 149, 302 y 814, respectivamente, que las autoridades del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica reiteradamente han señalado no tener la capacidad de poder garantizar el término de años de pena que le impondrían al extraditado en caso de condenarlo.

El artículo 44, numeral 3° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela indica lo siguiente:

"…La libertad personal es inviolable, en consecuencia…"
(…)
"…3. La pena no puede trascender de la persona condenada. No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años…"

El artículo 120 de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en su primer aparte establece:

"…La extradición de un extranjero por los delitos de delincuencia organizada señalados en los artículos 31, 32 y 33 de esta Ley, en ningún caso podrá ser negada, salvo que el país requirente no dé garantía de no aplicarle la pena de muerte, cadena perpetua

ni penas infamantes o que excedan de treinta años, para salvaguardar los derechos humanos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela previstos en los artículos 43 y 44…”.

Ahora bien, se evidencia la imposibilidad del gobierno requirente de asumir el compromiso establecido en la sentencia dictada por esta Sala de Casación Penal de fecha 19 de Febrero de 2004, por cuanto no puede garantizar el término de la pena que impondría al ciudadano Mateo Juan Holguín Ovalle, lo que imposibilita la ejecución de la extradición acordada, pues ello podría resultar en la eventual contravención de la disposición establecida en el numeral 3° del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como lo taxativamente dispuesto en el primer aparte del artículo 120 de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Asimismo se observa que el mencionado ciudadano se encuentra privado de su libertad desde el día 12 de Noviembre de 2003, término que comprende el lapso de más de dos (2) años y tres (3) meses, a causa de que no ha podido hacerse efectiva la extradición *in comento*.

En virtud de lo antes señalado esta Sala de Casación Penal, actuando de pleno derecho y en resguardo de las garantías constitucionales del ciudadano Mateo Juan Holguín Ovalle, contenidas en los artículos 26, 49 numeral 1° y 44 numeral 3° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como lo dispuesto en el primer aparte del artículo 120 de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, decide que cese en su totalidad el procedimiento de extradición seguido al mencionado ciudadano, en razón de que no fue cumplida la condición establecida en la sentencia dictada por esta Sala de Casación Penal en fecha 19 de Febrero de 2004 por parte del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, por lo cual lo ajustado a derecho es conceder la libertad al ciudadano MATEO JUAN HOLGUÍN OVALLE, de nacionalidad dominicana, mayor de edad y titular del Pasaporte N° 3137481. Así se decide.

6.4.8.- Principio relativo a la prescripción de la acción penal[16]

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 152, Fecha: 25/03/2008

Dispone el artículo 391 del Código Orgánico Procesal Penal: *"…la extradición se rige por las normas de este título, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República…"*.

De conformidad con lo establecido en el artículo 6, apartes primero, segundo y tercero del Código Penal, es necesario precisar, que es vinculante para la procedencia de la solicitud de extradición, que el delito que se imputa no sea político ni conexo con éste, que esté sancionado por las legislaciones de los países involucrados en el proceso, determinando la doble incriminación, así como que se establezca en el Tratado de Extradición de ambos países como un supuesto de procedencia, que el delito no tenga asignada en el país requirente la pena de muerte o una pena perpetua y que la acción o la pena, según el caso, no esté prescrita.

En el presente caso se puede verificar que no se trata de un delito político ni conexo con éste, así mismo se configura la doble incriminación según lo establecido en los artículos 550 y 551.1 del Código Penal Español y el artículo 218 del Código Penal Venezolano, cuyos contenidos son los siguientes:

"Artículo 550 del Código Penal Español: son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones a sus cargos o con ocasión de ellas".

"Artículo 551.1 del Código Penal Español: Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos."

"Artículo 218 del Código Penal Venezolano: Cualquiera que use

16. SCP. Fecha: 03/05/2000; EXP Nº: 9-95; Fernando de la Colina

de violencia o amenaza para hacer oposición a algún funcionario público en el cumplimiento de sus deberes oficiales, o a los individuos que hubiere llamado para apoyarlo, será castigado con prisión de un mes a dos años.

De la transcripción de las normas anteriores, se evidencia que el delito por el cual se solicita en extradición para el cumplimiento de la pena, al Ciudadano CARLOS ALBERTO MELCHOR BERNARDO, no establece pena de muerte ni cadena perpetua, pues se sanciona con pena de prisión de dos a cuatro años en la legislación española.

En tal sentido, existe un Tratado de Extradición entre la República Bolivariana de Venezuela y el Reino de España, publicado en Gaceta Oficial N° 34.476 del 28 de mayo de 1990, el cual establece en el literal B del artículo 10 lo siguiente:

"No se concederá la Extradición: (…)

B) cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiere extinguido la pena o la acción penal correspondiente al hecho por el cual se solicita la extradición…".

En atención a lo antes expuesto, La Sala pasa a constatar, si ha operado o no, la prescripción de la pena impuesta el 27 de mayo de 2004, por el Juzgado de lo Penal Nº 16 de Madrid del Reino de España, al ciudadano Carlos Alberto Melchor Bernardo.

En este sentido, la pena impuesta es de un año de prisión, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 112 del Código Penal Venezolano (vigente para el momento de los hechos), la prescripción de la pena, en el presente caso, sería de un año y seis meses, lapso este que comienza a partir de la fecha de la sentencia condenatoria que impuso la sanción, o desde el quebrantamiento de la condena si esta hubiese comenzado a cumplirse.

Ahora bien, observa la Sala que por cuanto fue suspendida condicionalmente la ejecución de la condena impuesta al ciudadano CARLOS ALBERTO MELCHOR BERNARDO, sin iniciarse el cumplimiento de la misma, el lapso para la prescripción en el

presente caso debe computarse a partir de la sentencia condenatoria firme (27 de mayo de 2004), por lo que al 29 de marzo de 2007, fecha en que el Estado requirente (España), presentó la Nota Diplomática, había trascurrido en demasía el tiempo regulado por la legislación venezolana para que opere la prescripción de la pena respecto al delito por el cual fue condenado.

En consecuencia, esta Sala de Casación Penal, DECLARA IMPROCEDENTE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN, del ciudadano de nacionalidad española CARLOS ALBERTO MELCHOR BERNARDO, por estar prescrita la pena correspondiente al delito por el cual fue condenado el prenombrado ciudadano. Así se decide.

6.4.8.1.- Improcedencia de la extradición activa por prescripción de la acción penal

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 204, Fecha: 04/05/2007

De igual forma, entre los Estados Unidos de América y la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra vigente el Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, que en el Título Tercero de la Extradición, expone los requisitos para la procedencia de la extradición entre países firmantes, entre los cuales se observan: Que el delito se haya cometido en el territorio del Estado que la pida ó que le sean aplicables sus leyes penales; que el hecho que motive la extradición tenga carácter de delito en la legislación del Estado requirente y en la del requerido; que la pena que le sea asignada a los hechos no sea menor de un año de privación de libertad y que esté autorizada o acordada la prisión o detención preventiva del imputado. También se dispone que quedan excluidos de la extradición los delitos políticos y conexos; y que no procede la institución de la extradición si han prescrito el delito o la pena conforme a las leyes del Estado requirente o del requerido.

Los hechos que le imputan a las ciudadanas VANESKA MARGARITA FERRIS CORDERO y VANESA JOSEFINA FERRIS CORDERO, fueron encuadradas dentro del tipo penal contemplado en el artículo 464 Código Penal hoy derogado, dispuesto dentro

del Capítulo III "De la estafa y otros fraudes", así como en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, este último delito inserto dentro de los ilícitos económicos contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 114). De lo expuesto se evidencia que dichos delitos encuadran en el numeral 20 del artículo II del Tratado de Extradición firmado entre los Estados Unidos de América y la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece: *"Fraude o abuso de confianza cometido por cualquier depositario, banquero, agente, factor, fiduciario, albacea, administrador, tutor, director o empleado de cualquier compañía o corporación o por cualquier persona que desempeñe un cargo de confianza, cuando la cantidad o el valor de los bienes defraudados exceda de 1.000 bolívares en los Estados Unidos de Venezuela o de 200 dólares en los Estados Unidos de América".*

Por otra parte, se observa que en el presente caso, se cumplen los requisitos explanados en el Tratado de Derecho Internacional Privado, denominado Código Bustamante, ya que los delitos imputados a las ciudadanas solicitadas en extradición, se cometieron en el territorio del país requirente, la pena aplicable supera un año de privación de libertad, de igual forma, fue acordada la orden de detención preventiva de libertad a las ciudadanas VANESKA MARGARITA FERRIS CORDERO y VANESA JOSEFINA FERRIS CORDERO y no se trata de delitos políticos y conexos.

Respecto al último de los requisitos establecidos para la procedencia de la extradición, referido a que la acción penal para perseguir el delito imputado no se encuentre prescrita, la Sala debe observar, que actualmente la regulación genérica de la prescripción de la acción penal se encuentra dispuesta en los artículos 108, 109 y 110 del Código Penal vigente. Sin embargo, tal regulación comportó una modificación respecto al Código Penal anterior, especialmente, en cuanto a los actos interruptivos de la prescripción. En razón de que los delitos acusados ocurrieron bajo la vigencia del Código Penal anterior y en virtud de que sus disposiciones resultan más favorables a las imputadas, deben aplicarse las normas que contemplaba el Código Penal vigente para el momento que ocurrieron los hechos, en relación a la materia de prescripción de la acción penal.

Establecido lo anterior, la Sala observa, que conforme al artículo 109 del Código Penal vigente para el momento de suceder los hechos: *"Comenzará la prescripción: para los he-*

chos punibles consumados, desde el día de la perpetración; para las infracciones intentadas o fracasadas, desde el día en que se realizó el último acto de la ejecución; y para las infracciones continuadas o permanentes, desde el día en que cesó la continuación o permanencia del hecho...”.

De igual forma, el artículo 108 del mismo Código Penal, establecía, en relación a la prescripción de la acción penal, específicamente en su ordinal 5º, lo siguiente: *“Salvo el caso en que la ley disponga otra cosa, la acción penal prescribe así: ... 5º.- Por tres años, si el delito mereciere pena de prisión de tres años o menos, arresto de más de seis meses, relegación a colonia penitenciaria, confinamiento o expulsión del espacio geográfico de la República”.*

La acusación presentada por la Fiscal Cuarta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, en contra de las ciudadanas VANESKA MARGARITA FERRIS CORDERO y VANESA JOSEFINA FERRIS CORDERO, fue por los delitos de ESTAFA Y USURA, tipificados en el artículo 464 del Código Penal venezolano, artículos 107 y 108 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, concatenado con el artículo 70 eiusdem, en concordancia con el artículo 99 de la ley sustantiva penal, aplicados conforme a los artículos 84 ordinal 2º y 88 eiusdem.

El artículo 464 del Código Penal vigente para el momento de los hechos, establecía que la pena aplicable al delito de Estafa era de uno (1) a cinco (5) años de prisión, cuyo término medio es de tres (3) años, conforme a lo establecido en el artículo 37 del Código Penal, y de acuerdo al artículo 108 ordinal 5º, **eiusdem**, la acción penal para perseguirlo prescribe a los tres (3) años contados a partir de la perpetración del delito. Respecto al delito de Usura, que se encontraba tipificado en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 4.898 del 17 de mayo de 1995, en su artículo 107 establecía una pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, siendo su término medio dos (2) años, y el artículo 108 de la referida ley, disponía una pena de prisión de seis (6) meses a dos (2) años siendo su término medio un (1) año y tres (3) meses. La acción penal para perseguir a todos los delitos antes indicados, prescriben a los tres años, de acuerdo a lo establecido en el artículo 108 ordinal 5º del Código Penal en referencia, contados a partir de su perpetración.

De las actuaciones que componen la presente causa, se evidencia que los hechos ocurrieron el 26 de enero de 2001, el 10 de marzo de 2006 es que fue decretada medida de privación judicial preventiva de libertad contra las imputadas y el 5 de octubre de 2006 fue que el Tribunal Noveno de Control del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, una vez presentada la acusación por parte del Ministerio Público contra de los ciudadanos VANESA FERRIS CORDERO, VANESKA FERRIS CORDERO Y AGENOR FERRIS LEGUIZAN (30-09-06), acordó la celebración de la audiencia preliminar correspondiente después que se materializara la extradición solicitada.

Los actos consagrados como interruptivos de la prescripción de la acción penal, se encontraban dispuestos en el artículo 110 del Código Penal en referencia, de acuerdo al cual: *"Se interrumpirá el curso de la prescripción de la acción penal por el pronunciamiento de la sentencia, siendo condenatoria o por la requisitoria que se libre contra el reo, si éste se fugare.*

Interrumpirán también la prescripción, el auto de detención o de citación para rendir indagatoria y las diligencias procesales que les sigan…".

De lo expuesto se evidencia, que en el presente caso ha operado la prescripción de la acción penal, respecto a los delitos acusados, en virtud que desde que ocurrieron los hechos enjuiciados, el 26 de enero de 2001, hasta que se dictó la medida de privación judicial preventiva de libertad el 10 de marzo de 2006, transcurrió un tiempo muy superior al establecido en el artículo 108 ordinal 5º del Código Penal vigente para el momento, específicamente los tres (3) años para que operara tal prescripción, se cumplieron el 26 de enero de 2004, sin que entre ambas fechas conste que se haya producido ningún otro acto que interrumpiera el curso de la prescripción.

Por las razones expuestas, la Sala considera improcedente la solicitud de extradición activa de las ciudadanas VANESKA MARGARITA FERRIS CORDERO y VANESA JOSEFINA FERRIS CORDERO, al Gobierno de los Estados Unidos de América, por estar prescrita la acción penal para perseguir los delitos por los cuales fueron imputadas las prenombradas ciudadanas. Así se declara.

6.4.9.-Principio del *ne bis in ídem*

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 615, Fecha: 18/11/2008

Ahora bien, debemos recordar que respecto al procedimiento de extradición, el Estado venezolano obra con un alto sentido de responsabilidad, por una parte acepta la extradición como una obligación moral conforme al Derecho Internacional, pero se reserva la apreciación para concederla o negarla, tomando en cuenta si en el caso concreto se contrarían los principios de nuestra legislación nacional o no están conformes con la razón y la justicia.

En tal sentido, los artículos 6 del Código Penal y 391 al 399 del Código Orgánico Procesal Penal, recogen los principios básicos que en materia de extradición establece el derecho positivo venezolano.

Conforme al artículo 6 del Código Penal, la extradición de un extranjero no procede:

a) por delitos políticos y sus conexos.
b) Por hechos que en Venezuela no estén calificados como delitos.
c) Cuando la pena asignada al delito por la legislación del país requirente, sea de muerte o perpetua.

Y el artículo 391 del Código Orgánico Procesal Penal establece que “La extradición se rige por las normas de este TÍTULO, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”.

Al analizar la documentación enviada por el Gobierno requirente, se evidencia que los hechos que se imputan a las ciudadanas de nacionalidad portuguesa MARÍA MARGARIDA SILVA MÉNDES y MARÍA VIRGINIA PINTO CIDADE PASSOS, son ilícitos tanto en el país requirente como en el requerido, pues se trata de uno de los delitos conocido internacionalmente como TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES, delito no político ni conexo con éste, previsto y sancionado en nuestra legislación, cuya acción penal no se encuentra prescrita y que ni en el país requirente ni en el nuestro acarrea pena de muerte ni mayor de 30 años.

No obstante, esta Sala observa que las ciudadanas solicitadas han sido procesadas en este país y condenadas a cumplir la pena de 9 años de prisión más las accesorias de ley, por la comisión del delito de Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes en la modalidad de Transporte, previsto y sancionado en el artículo 31 de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, según sentencia de fecha 25 de enero de 2006, dictada por el Tribunal Tercero de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, en virtud de haber sido detenidas en el Aeropuerto de Maiquetía, hechos éstos por los cuales no podrán ser condenadas en otro país, de conformidad con el principio internacional penal "Ne bis in idem", contemplado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De tal manera que la presente solicitud de extradición pasiva, debe ser declarada improcedente, de conformidad con lo antes señalado, toda vez que las ciudadanas de nacionalidad portuguesa MARÍA MARGARIDA SILVA MÉNDES y MARÍA VIRGINIA PINTO CIDADE PASSOS, tal y como consta en el expediente, han sido procesadas y condenadas en nuestro país por la comisión del delito de TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, y se encuentran en la actualidad cumpliendo la pena de 9 años de prisión, impuesta por los tribunales venezolanos, en el Instituto Nacional de Orientación Femenina (INOF), bajo la supervisión del Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución del Estado Vargas. Así se decide.

6.4.9.1.- Improcedencia de la extradición pasiva por los mismos hechos ya juzgados en Venezuela

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 124, Fecha: 08/04/2003

Siendo la oportunidad para decidir sobre la procedencia o no de la referida solicitud, esta Sala pasa a emitir pronunciamiento al respecto, lo cual hace de acuerdo a las consideraciones siguientes:

Los hechos por los cuales el Gobierno de los Estados Unidos de América, solicita la extradición del ciudadano Lacides Aurelio Borgas Ojeda, son los siguientes: Desde el día 25 de junio de 1999 hasta el 6 de septiembre de 2000, el ciudadano Lacides Borjas Ojeda, sostuvo conversaciones telefónicas desde la República de Colombia y la de Venezuela con un agente encubierto del Equipo Especial contra Narcóticos del Gobierno de los Estados Unidos de América, mediante las cuales llegaron al acuerdo de transportar un cargamento de cocaína a la ciudad de Nueva York. El día 6 de septiembre de 2000, el ciudadano Lacides Borjas Ojeda se reunió con el agente encubierto en un restaurant situado en el Unicentro El Marques de la ciudad de Caracas y, en el momento en que le iba hacer entrega de dicha droga (ciento veintisiete kilogramos de cocaína) que llevaba en la maleta de un automóvil Monza, Chevrolet, fue aprehendido por funcionarios del Cuerpo Técnico de Policía Judicial. Por tales hechos el Jurado Indagatorio de los Tribunales Especiales de Narcóticos de la ciudad de Nueva York, formuló acusación al nombrado ciudadano por los delitos de conspiración en segundo grado y posesión ilícita de una sustancia controlada en primer grado, en contravención a la Ley Penal del Estado de Nueva York, Secciones 105, 15 y 220, 21.

Ahora bien, cursa en autos comunicación del Juez Vigésimo Noveno de Control del Circuito Judicial Penal del área Metropolitana de Caracas, de fecha 15 de marzo de 2002, en la cual informa a este alto Tribunal que el día 14 de noviembre de 2000, el ciudadano Lacides Aurelio Borgas Ojeda, en el procedimiento por admisión de los hechos, fue condenado a cumplir la pena de diez años de prisión por la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Los hechos por los cuales se condenó al citado ciudadano son los mismos por los cuales el Gobierno de los Estados Unidos de América, solicita la extradición, o sea, que el día 6 de septiembre de 2000, en el Centro Comercial Unicentro El Márquez, el ciudadano Lacides Aurelio Borjas Ojeda, fue aprehendido por funcionarios del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, en el momento en que le iba hacer entrega de ciento veintisiete (127) kilogramos de cocaína que llevaba en la maleta de un automóvil Monza, Chevrolet, a un agente encubierto de la Agencia de Control de Drogas, quien había participado de dicha entrega vigilada a las autorida-

des venezolanas. Se le incautó, además, en la habitación del hotel donde se alojaba, tres kilogramos de la misma droga.

Según la declaración jurada de la ciudadana Lisa E. Lederman, Fiscal de Distrito, designada para representar al Estado de Nueva York, en el proceso seguido al ciudadano Lacides Borjes Ojeda, ofrecida en respaldo de la solicitud de extradición, los cargos por conspiración en segundo grado, se centran en una serie de conversaciones telefónicas sostenidas por el ciudadano Lacides Borjas Ojeda, con el agente encubierto de la Agencia de Control de Drogas y con el ciudadano Carlos Orozco, para concretar el transporte de un cargamento de droga desde Caracas a la ciudad de Nueva York.

Tales hechos, en criterio de la Sala, están contenidos en el delito de tráfico de estupefacientes, previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por los cuales el Juzgado de Control del Circuito Judicial Penal del área Metropolitana de Caracas, condenó al ciudadano Lacides Aurelio Borjas Ojeda, por cuanto las comunicaciones telefónicas sostenidas por el mismo con el agente encubierto y con el ciudadano Carlos Orozco, concretarían la entrega del cargamento de droga que posteriormente sería llevado a la ciudad de Nueva York. Por estas comunicaciones y por la colaboración prestada por las autoridades del Gobierno de los Estados Unidos de América, se logra la incautación de los ciento veintisiete (127) kilogramos de cocaína y la detención del nombrado ciudadano.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 49, numeral 7, establece que ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. Por consiguiente, habiendo sido condenado el ciudadano Lacides Aurelio Borjas Ojeda, en Venezuela, por los mismos hechos por los cuales solicita la extradición el Gobierno de los Estados Unidos de América y encontrándose el nombrado ciudadano cumpliendo la pena de diez años de prisión por la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, impuesta por el Juez Vigésimo Noveno de Control del Circuito Judicial Penal del área Metropolitana de Caracas, en fecha 14 de noviembre de 2000, considera la Sala procedente negar la solicitud propuesta por el Gobierno de los Estados Unidos de América. Así se decide.

6.4.9.2.- Improcedencia de la extradición pasiva por deportación previa del solicitado

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 359, Fecha: 27/06/2006

El 13 de mayo de 2002 la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia recibió Oficio N° 1215, suscrito por el Director General de Justicia y Cultos del Ministerio del Interior y Justicia, en el cual informó que el Gobierno de Italia, a través de su representación diplomática y mediante Nota N° 001282 el 4 de junio de 2001, solicitó la extradición del ciudadano italiano ANTONIO GIAMPOLO. Anexó original de la citada Nota Diplomática y copia del oficio N° 4745 procedente del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela.

El 21 de mayo de 2002, mediante oficio N° 21949 dirigido a la Secretaría de la Sala Penal, la Directora de Consultoría Jurídica del Ministerio Público y por delegación del ciudadano Fiscal General de la República, informó que en relación con la aprehensión de varios ciudadanos extranjeros con fines de extradición, ese Despacho había remitido las respectivas solicitudes a la Dirección de Delitos Comunes, a fin de comisionar a un Fiscal para que inicie los trámites.

El 4 de junio de 2002 mediante oficios N° 570 y 571, dirigidos al Ministro del Interior y Justicia, el Presidente de la Sala Penal, le solicitó información acerca de si el ciudadano italiano ANTONIO GIAMPOLO se encontraba detenido y dónde, en caso de ser afirmativa la respuesta.

El 25 de junio de 2002, mediante oficio signado bajo el N° 1650, dirigido al Presidente de la Sala Penal, el Director General del Ministerio del Interior y Justicia le informó que remitió copia del oficio N° 570 al Director del Servicio Consular Extranjero del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El 25 de junio de 2002, mediante oficio signado bajo el N° 1651dirigido al Director del Servicio Consular Extranjero, el Director General del Ministerio del Interior y Justicia le solicitó

que pidiera a la Representación Diplomática de la Embajada de la República de Italia el original de la documentación judicial necesaria para el procedimiento de extradición del ciudadano italiano ANTONIO GIAMPOLO

El 25 de junio de 2002, mediante oficio signado bajo el N° 1647 y dirigido al Presidente de la Sala Penal, el Director General del Ministerio del Interior y Justicia le informó que remitió copia del oficio signado bajo el N° 571 al Fiscal Primero del Ministerio Público con Competencia Plena en Materia de Identificación y Extranjería, porque fue comisionado para que se avocara al conocimiento de esa causa. También informó que le envió copia al Jefe de la División de Policía Internacional del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (INTERPOL).

El 11 de abril de 2006 se dio cuenta en Sala y correspondió la ponencia a la Magistrada Doctora MIRIAM MORANDY MIJARES.

El 15 de mayo de 2006, la Sala Penal, ratificó la solicitud al Ministro del Interior y Justicia, mediante oficio signado bajo el N° 448, para que le informara acerca de si el ciudadano ANTONIO GIAMPOLO se encontraba detenido y en caso de ser afirmativa la respuesta indicara el lugar de reclusión.

El 30 de junio de 2006, se recibió en la Secretaría de la Sala Penal (vía correspondencia) oficio N° DGAJ-CAI-428-2006-0043809, suscrito por la Directora General de Apoyo Jurídico del Ministerio Público (por delegación del ciudadano Fiscal General de la República) que refiere lo siguiente:

"... Me dirijo a usted, en la oportunidad de hacer referencia a la solicitud de detención preventiva con fines de extradición del ciudadano ANTONIO GIAMPOLO, la cual fue formulada por la República Italiana, a través de Nota Diplomática N° 001282, de fecha 4 de junio de 2001.

Al respecto, hago de su conocimiento que en fecha 12 de junio de 2006, mediante oficio N° DGRC.1-8557, la Directora General de Relaciones Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, informó que el ciudadano ANTONIO GIAMPOLO, de nacionalidad italiana, fue deportado a su país de origen el día 29 de junio de 2001 ...". (Subrayado de la Sala Penal).

De la anterior transcripción se evidencia que el ciudadano ANTONIO GIAMPOLO, fue deportado a su país de origen, lo que demuestra que el referido ciudadano no se encuentra en el territorio venezolano.

La Sala Penal en la sentencia N° 285, con ponencia del Magistrado ELADIO RAMÓN APONTE APONTE, publicada el 22 de junio de 2006 estableció lo siguiente:

"...esta Sala de Casación Penal declara improcedente la solicitud de extradición realizada por la Embajada de Los Estados Unidos de América, en virtud de que el solicitado en extradición David Vásquez Ríos no se encuentra en la República Bolivariana de Venezuela, en consecuencia no concurre uno de los requisitos exigidos en el artículo 395 del Código Orgánico Procesal Penal ...".

En consecuencia, la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia declara improcedente la solicitud de extradición realizada por la Embajada de la República de Italia, en virtud de que el solicitado en extradición, ciudadano ANTONIO GIAMPOLO, no se encuentra en la República Bolivariana de Venezuela, no concurriendo uno de los requisitos exigidos en el artículo 395 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual regula el procedimiento de extradición pasiva y al respecto estipula:

"Si un gobierno extranjero solicita la extradición de alguna persona que se halle en territorio de Venezuela, el Poder Ejecutivo remitirá la solicitud al Tribunal Supremo de Justicia con la documentación recibida". (Subrayado de la Sala).

6.4.9.3.- Entrega diferida hasta que el solicitado cumpla la pena

Tribunal Supremo de Justicia
Sala de Casación Penal
Nº 53, Fecha: 02/03/2006

La Sala Penal pasa a decidir sobre la procedencia o no de la solicitud de extradición presentada por el Gobierno de la República de Italia, según el numeral 9 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el numeral 38 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 391 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal.

Consta en las actuaciones la solicitud de extradición del ciudadano italiano CLAUDIO LO VERSO, nacido en Trofarello (Turín) el 8 de mayo de 1955, remitida por la Embajada de Italia mediante nota diplomática N° 1883, del 13 de septiembre de 2005 y en dicha solicitud la Dirección General de Justicia Penal, Departamento para los Asuntos de Justicia, Ministerio de Justicia de la República de Italia, indicó lo siguiente:

"Asunto: Solicitud de extradición del ciudadano italiano LO VERSO Claudio, nacido en Trofarello (TO) el 08.05.1955, actualmente detenido en Venezuela bajo las falsas generalidades de LI CALSI Mario…pesa, en efecto, la orden de ejecución n. 4327/99 R. Es., emitida en fecha 03.05.2001 por la Fiscalía de la República ante el Tribunal de Roma para el cumplimiento de la totalidad de la condena residual de **6 años, 3 meses y 6 días de reclusión**, infligídale mediante 3 sentencias definitivas de condena… sentencia de fecha 08.10.1993, de la Corte de Apelaciones de Roma, firme en fecha 27.04.1994 (delito: concurso en importación de ingente cantidad de substancias estupefacientes) sentencia de fecha 18.02.1993, del juzgado de 1ra. Instancia de Viterbo, firme en fecha 08.07.1996 (delito: lesiones personales) sentencia de fecha 29.10.1998 del juzgado de 1ra. Instancia de Roma, firme el 22.0.1999 (delito: daños)…".

Tal instancia judicial acompañó los documentos siguientes:

"1. copia conforme al original del orden de ejecución del 03.05.2001 2. exposición de los hechos relativos a cada una de las sentencias de condena 3. copia conforme al original de las 3 sentencias firmes de condena 4. ficha foto-dactilar de LO VERSO Claudio 5. texto de los artículos de ley violados acompañado por aquel relativo a la prescripción de la condena 6. extracto de la partida de nacimiento del ciudadano arriba mencionado…".

En la copia certificada de la sentencia dictada por el Tribunal de Segunda Instancia de Roma de la Republica Italiana, se deja constancia:

"Con sentencia del Tribunal de Roma del 14.12.1992, Condorelli Enrico, Cabrera Marapacuto Jenny Marina, Leone Carlo, LO VERSO CLAUDIO, Lo Verso Santo, Alonso López Johanna Maritza y Vattermoli Guido eran juzgados (…) por los delitos de importación de una cantidad notoria de droga (4,261 kilos) de cocaína y asociación para delinquir finalizada a la importación de cocaína

(…) los hermanos LO VERSO- que han sido objeto de escuchas telefónicas que no dan lugar a ninguna duda- han participado en las fases cruciales de la operación como la organización del envío desde Sudamérica y, en cualquier caso, han confesado ampliamente (…) deben cuantificarse las penas (…) LO VERSO CLAUDIO; 8 años de detención y 60 millones de liras de multa…”.

En copia certificada del relato de hechos suscrito por el Fiscal General de la República de Italia, consta lo siguiente:

“Lo Verso, junto con otros cómplices, importaba aproximadamente 4.500 kilos de cocaína desde Sudamérica, materialmente transportados en maletas con doble fondo por Cabrera Jenny, de profesión azafata. Específicamente Lo Verso planeaba y organizaba el transporte tomando contactos con abastecedores colombianos”.

Así mismo, en la disposición de ejecución de suma de penas de condenado en libertad y contextual orden de ejecución emanada de la Fiscalía ante el Tribunal Ordinario de Roma, se refiere:

“… sentencia dictada el 8.10.1993 por el Tribunal de Segunda Instancia de Roma, firme desde el 27.4.1994 por los delitos de:- violación de la ley sobre las sustancias estupefacientes, cometida en Roma el 16.3.1991 Pena principal: - 8 años de detención y 60 millones de liras de multa (…) LA PENA RESIDUAL QUE DEBE EXPIAR ES DE: - 6 AÑOS, 3 MESES y 6 DÏAS DE DETENCIÓN (…) ORDENA a los agentes de la fuerza pública que arresten al condenado previa entrega de una copia de esta Orden, lo trasladen a la cárcel más cercana para que expíe la pena antes indicada…”.

En el procedimiento de extradición, el Estado venezolano obra con un alto sentido de responsabilidad, por una parte acepta la extradición como una obligación moral conforme al Derecho Internacional, pero se reserva la apreciación para concederla o negarla, tomando en cuenta si en el caso concreto se contrarían los principios de nuestra legislación nacional o no estuviese conforme con la razón y la justicia.

Al respecto, los artículos 6 del Código Penal y 391 del Código Orgánico Procesal Penal, establecen:

“Artículo 6. La extradición de un extranjero no podrá tampoco concederse por delitos políticos ni por infracciones conexas con estos delitos, ni por ningún hecho que no este calificado de delito por

la ley venezolana. La extradición de un extranjero por delitos comunes no podrá acordarse sino por la autoridad competente, de conformidad con los trámites y requisitos establecidos al efecto por los Tratados Internacionales suscritos por Venezuela y que estén en vigor y, a falta de estos, por las leyes venezolanas…”.

“Artículo 391. La extradición se rige por las normas de este TITULO, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”.Entre la República de Italia y la República Bolivariana de Venezuela, existe un tratado de extradición que se denomina “Tratado de Extradición y de Asistencia Judicial en Materia Penal”, el cual fue firmado el 23 de agosto de 1930, aprobado por el Poder Legislativo Nacional venezolano el 23 de junio de 1930 y ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional el 23 de diciembre de 1931.

El artículo 6 del citado tratado considera que:

“*Si la persona cuya extradición se pide estuviere en el caso de ser sometida a procedimiento penal o estuviere ya detenida, por otro delito cometido en el Estado en que se encuentre, su entrega puede diferirse hasta que el procedimiento haya terminado, y, en caso de condena, hasta el completo cumplimiento de la pena.*”

Así mismo, el artículo 346 del Código de Derecho Internacional Privado prevé:

“Cuando, con anterioridad al recibo de la solicitud a entregar al procesado o condenado haya delinquido en el país a que se pide su entrega, puede diferirse esa entrega hasta que se le juzgue y cumpla la pena”.

Los artículos 73 y 74 (texto único) de la Ley sobre las Sustancias Estupefacientes de la legislación italiana prevén:

“Artículo 73. Quienquiera que sin la autorización indicada en el art. 17, cultive, produzca, fabrique, extraiga, refine, venda, ofrezca o ponga a la venta, ceda o reciba por cualquier motivo, distribuya, comercialice, compre, transporte, exporte, importe, proporcione a otros, envíe, pase o envíe en tránsito, entregue por cualquier motivo o, en cualquier caso, detenga ilícitamente fuera de las hipótesis previstas en los artículos 75 y 76, las substancias estupefacientes o psicotrópicas indicadas en los cuadros I y III previstos en el artículo 14, es castigado con la reclusión de ocho a veinte

años y con la multa de cincuenta a quinientos millones de liras" "Artículo 74. Cuando tres o más personas se asocian con la finalidad de cometer varios delitos entre los previstos en el art. 73, quien promueva, constituya, dirija, organice o financie la asociación es castigado solamente por ello con la reclusión no inferior a veinte años".

El artículo 31 de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, dispone:

"Artículo 31. El que ilícitamente trafique, distribuya, oculte, transporte por cualquier medio, almacene, realice actividades de corretaje con las sustancias o sus materias primas, precursores, solventes y productos químicos esenciales desviados, a que se refiere esta Ley, aun en la modalidad de desecho, para la producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicos, será penado con prisión de ocho a diez años.

Quien dirija o financie las operaciones antes mencionadas, con las sustancias, sus materias primas, precursores, solventes o productos químicos esenciales desviados, a que se refiere esta Ley, aun en la modalidad de desecho, para la producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicos, será penado con prisión de quince a veinte años".

Ahora bien, al analizar la documentación enviada por el Gobierno de la República de Italia y la legislación venezolana, se evidencia que los hechos por los cuales es requerido el ciudadano CLAUDIO LO VERSO, son ilícitos tanto en el país requirente como en el requerido. Así mismo no es un delito político ni conexo con éste, la pena impuesta no se encuentra prescrita y en ambas legislaciones no acarrea pena de muerte ni mayor de 30 años.

Igualmente de las actuaciones que conforman en el presente expediente se observa, que el ciudadano CLAUDIO LO VERSO fue condenado por el Juzgado Cuarto en función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, por la comisión del delito de TRANSPORTE ILÍCITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en virtud del procedimiento especial por admisión de los hechos previsto en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal y

en dicho pronunciamiento indicó:

"… fue el ciudadano CLAUDIO LO VERSO, la persona que en fecha 25/10/01, fue detenido por Funcionarios adscritos al Comando Antidrogas de la Guardia Nacional, cuando se disponía a abordar el Vuelo No. 1412, de la Aerolínea TAP AIR PORTUGAL, con destino a la ciudad de Oporto, y quien portaba en el interior de su maleta confeccionada en tela de color azul, tipo aeromoza (…) la cantidad de cuatro (04) envoltorios en forma rectangular (…) que resultó ser la cantidad de TRES MIL CIENTO TREINTA Y DOS GRAMOS CON CINCO DECIMAS (3.132,5 g) de COCAINA (…) Por otra parte, el acusado al momento de rendir su declaración en la audiencia efectuada por este Tribunal de Juicio en la presente causa, ADMITIO LOS HECHOS por los cuales la Representante del Ministerio Público lo acusó formalmente y solicitó la aplicación inmediata de la pena…".

En tal sentido, la Sala considera que en el presente caso es PROCEDENTE la solicitud de extradición pasiva, en virtud de lo dispuesto en el *"Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal"* suscrito entre Italia y Venezuela y por cuanto el ciudadano italiano CLAUDIO LO VERSO ha sido condenado en nuestro país por la comisión del delito de TRANSPORTE ILÍCITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS cumpliendo en la actualidad la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, bajo la supervisión del Tribunal Primero en función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, motivo por el cual no puede sustraerse de la jurisdicción nacional, se DIFIERE LA ENTREGA del requerido hasta tanto cumpla la pena impuesta, en atención al contenido del artículo 6 del tratado internacional el cual tiene jerarquía constitucional, conforme al artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y según lo dispuesto en el artículo 6 del Código Penal y 391 del Código Orgánico Procesal Penal.

En razón de lo antes expuesto, esta Sala declara PROCEDENTE la solicitud de extradición presentada por el Gobierno de la República Italiana del ciudadano CLAUDIO LO VERSO y DIFIERE LA ENTREGA del requerido hasta tanto cumpla la pena impuesta Así se decide.

Por otra parte, la Sala observa que cursa en las actuaciones

comunicación enviada por el Juzgado Primero en función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, mediante la cual se informa que el ciudadano CLAUDIO LO VERSO opta por la fórmula alternativa al cumplimiento de pena de destacamento de trabajo.

Al respecto, la Sala Constitucional en jurisprudencia reiterada ha identificado los delitos de que se consideran de lesa humanidad y la prohibición para otorgar beneficios que pudieran conllevar a la impunidad de verificarse la comisión de tales delitos y en sentencia N° 1654, del 13 de julio de 2005, con ponencia del Magistrado Luis Velásquez Alvaray, destacó:

"Particularmente, los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, atentan gravemente contra la integridad física o bien contra la salud mental o física de las personas, cuyos efectos se extienden a la familia de éstos, quienes padecen los trastornos psicológicos, emocionales y económicos de sus víctimas. Igualmente, debido al grado de afectación a la sociedad constituyen delitos de lesa humanidad, como bien lo establece el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998, el cual fue suscrito por Venezuela".

En este orden de ideas, los artículos 29 y 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, disponen lo siguiente:

"Artículo 29. El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía".

"Artículo 271. En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados

y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpuestas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil".

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de EDITORIAL LIVROSCA, C.A.
en la ciudad de Caracas,
en el mes de Octubre de 2014
Printed in Venezuela